

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

BEATRIZ LUIZA GOEDERT DE CAMPOS

**A Recepção da Teoria da Imputação Objetiva pelos
Tribunais Brasileiros**

Florianópolis – SC

2016

BEATRIZ LUIZA GOEDERT DE CAMPOS

A Recepção da Teoria da Imputação Objetiva pelos Tribunais Brasileiros

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Professor Orientador: Dr. Francisco Bissoli Filho.

Florianópolis – SC

2016

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado
A RECEPÇÃO DA TEORIA DA IMITACIÓN OBJETIVA PELOS TRIBUNAIS
BRASILEIROS
elaborado pelo(a)
acadêmico(a) BEATRIZ LUIZA GODEERT CAMPOS defendido nesta data e aprovado pela
Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota
30,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10
da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa
Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 20 / 05 / 2016.

(orientador)

Luiz Eduardo Dias Cardoso
(membro)

(membro)

BIANCA BEZ GOULART

AGRADECIMENTOS

Minha especial gratidão a minha família por seu amor incondicional, em especial aos meus pais, Jaqueline e Eloisio, por terem me apoiado e me incentivado sempre a seguir meus sonhos; a minha irmã Amábile por sua amizade e por suas diversas lições de irmã mais velha; ao meu sobrinho e afilhado Lucas por ter me ensinado a simplicidade da alegria; e aos meus avós por seu exemplo de bondade e integridade.

Pelo seu companheirismo e amor, agradeço a Mathias Foletto Silva, que sempre me incentiva com seu apoio e com acirradas discussões jurídicas.

Agradeço a todos os professores que contribuíram para minha formação enquanto profissional e cidadã, sobretudo ao meu orientador, Dr. Francisco Bissoli Filho, por sua extrema competência e dedicação, o qual tenho como exemplo de excelência acadêmica e profissional.

Enfim, minha gratidão a todos os queridos amigos que fiz nesses anos de graduação, bem como aqueles que reportam à infância, levarei cada um de vocês sempre comigo.

A todos vocês, muito obrigada.

Cada tempo escreve sua própria dogmática, é dizer, a escreve de novo. Mas quem quer avançar deve saber onde está (Günther Jakobs).

GOEDERT DE CAMPOS, Beatriz Luiza. **A Recepção da Teoria da Imputação Objetiva pelos Tribunais Brasileiros**. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto o estudo da teoria da imputação objetiva e como vem ocorrendo sua aplicação pelos tribunais brasileiros. Dividido em três capítulos, o trabalho aborda primeiramente o sistema causalista, em suas vertentes naturalista e valorativa, e o sistema finalista, bem como a recepção destes sistemas pelo ordenamento jurídico brasileiro e suas carências. Em seguida, trata-se do sistema funcionalista e de suas três variações (Roxin, Jakobs e Hassemer), destacando-se a teoria da imputação objetiva e sua pertinência na solução das questões penais. Por fim, apresentam-se os casos em que os tribunais pátrios analisaram e aplicaram a teoria da imputação objetiva.

Palavras-chave: teoria do delito, funcionalismo, teoria da imputação objetiva, Roxin, Jakobs.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 O CAUSALISMO E O FINALISMO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	4
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	4
2.2 O CAUSALISMO	5
2.2.1 O causalismo naturalista	5
2.2.2 O causalismo valorativo	9
2.3 O FINALISMO	12
2.4 A TEORIA SOCIAL DA AÇÃO COMO VARIAÇÃO DO FINALISMO	17
2.5 APLICAÇÕES DO CAUSALISMO E DO FINALISMO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	18
2.5.1 A recepção do causalismo e do finalismo pelo Direito Penal brasileiro.....	18
2.5.2 Carências demonstradas por essas teorias na solução das controvérsias.....	20
3 O FUNCIONALISMO E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	25
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	25
3.2 O FUNCIONALISMO E SUAS VARIAÇÕES.....	25
3.3.1 O funcionalismo teleológico de Claus Roxin	26
3.3.2 O funcionalismo sistêmico de Jakobs.....	29
3.3.3 O funcionalismo monista de Hassemer	31
3.3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	32
3.3.1 Risco Proibido	33
3.3.2 Proibição de Regresso.....	36
3.3.3 Princípio da Confiança	37
3.3.4 Comportamento da Vítima	38
3.4 A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA SOLUÇÃO DAS QUESTÕES PENAS	40
4 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.....	44
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	44
4.2 HIPÓTESES DE RECEPÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES	44
4.2.1 Pelo Supremo Tribunal Federal	45
4.2.2 Pelo Superior Tribunal de Justiça.....	46
4.3 HIPÓTESES DE RECEPÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELOS DEMAIS TRIBUNAIS BRASILEIROS	48
4.3.1 Entendimento dos tribunais estaduais acerca da criação de risco permitido e proibido.....	48
4.3.2 Entendimento dos tribunais estaduais acerca do comportamento da vítima..	53
4.3.3 Entendimento dos tribunais estaduais acerca do princípio da confiança	55
4.3.4 Julgados que rejeitaram a aplicação da teoria da imputação objetiva.....	56

4.4 ADEQUAÇÕES E INADEQUAÇÕES DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS EM RELAÇÃO À TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	57
4.4.1 Inadequações das decisões dos tribunais em relação à teoria da imputação objetiva.....	57
4.4.2 Adequações das decisões dos tribunais em relação à teoria da imputação objetiva.....	59
 5 CONCLUSÃO	62
 6 REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

Definir o objeto do Direito Penal, ou seja, aquilo que constitui crime – e, por isso, deveria ser punido –, é a questão central da teoria do fato punível e talvez o mais complexo e importante tema penal. Os esforços realizados pelas diversas correntes do pensamento jurídico-penal são no sentido de construir critérios para definir quais fatos constituem delito.

Assim, esse trabalho de conclusão de curso tratará dos três principais sistemas que se propuseram a definir o delito, quais sejam o sistema causalista e suas vertentes naturalista e valorativa, o sistema finalista e, por último, o sistema funcionalista com destaque para a teoria da imputação objetiva.

O problema a ser solucionado no presente trabalho é saber em que casos os tribunais brasileiros vem recepcionando a teoria da imputação objetiva, embora se saiba, de antemão, que predomina ainda a teoria finalista da ação (sistema finalista) na aplicação do Direito Penal brasileiro.

Para isso, será necessário realizar o desenho dos contornos das condutas que podem ser consideradas como crime ou contravenção penal, isto é, dos sistemas que visam delimitar as condutas objetos do Direito Penal.

Tem-se como objetivo geral desta pesquisa identificar e descrever os casos em que se discutiu a teoria da imputação objetiva, apontando as adequações e inadequações na aplicação jurisprudencial de seus critérios.

Como objetivos específicos, apresentar-se-á a descrição do causalismo e do finalismo como sistemas de análise da conduta punível, bem como explanar-se-ão as suas relações com o Direito Penal brasileiro, em especial suas aplicações e deficiências na solução das questões penais.

Também se objetiva apresentar o funcionalismo, como outro sistema de análise da conduta punível, e a teoria da imputação objetiva, que, como uma das suas decorrências, pode ser um instrumento importante na solução de questões penais não alcançadas pelo causalismo e pelo finalismo.

Como último objetivo, espera-se, ainda, identificar, na jurisprudência dos tribunais brasileiros, os casos em que ocorreram a recepção e a aplicação da teoria da imputação objetiva, com realce dos aspectos mais abordados dessa teoria, demonstrando as

adequações e inadequações dessa aplicação.

Buscar-se-á inovar o que já vem sendo construído e discutido com a pesquisa na jurisprudência nacional. A partir da identificação e análise dos casos em que os tribunais aplicaram ou discutiram a teoria da imputação objetiva, os julgados serão categorizados, chegando-se a uma síntese sobre como estão decidindo os tribunais sobre o assunto.

Dessa forma, procurar-se-á fomentar a discussão acerca das teorias existentes, oportunizando sua divulgação e provocando reflexão sobre os conceitos da teoria da imputação objetiva e sobre a sua aplicação pelos tribunais brasileiros.

Como se pode perceber, o tema eleito é de extrema importância para o estudo da teoria do delito e, sobretudo, para a compreensão e aplicação do Direito Penal. Em especial, a teoria da imputação objetiva foi proposta pelos doutrinadores que a desenvolveram para resolver os impasses que as demais teorias não abrangem satisfatoriamente, isto é, o objetivo do sistema funcionalista é remodelar os critérios, dando solução às situações não resolvidas a partir de um novo ponto de vista.

Além disso, a questão da aplicação da teoria da imputação objetiva na jurisprudência se apresenta de forma bastante atual, já que cada vez mais casos vêm chamando atenção para o tema na jurisprudência brasileira.

O presente tema, também, destaca-se pelo seu potencial como meio de transformação do Direito Penal, já que seu conteúdo atinge o centro da teoria do delito, buscando modificar e aperfeiçoar a definição das condutas que devem ser objeto penal, ou seja, devem sofrer sanções penais.

No tocante à metodologia a ser adotada nesse trabalho para que os objetivos sejam alcançados, elegeu-se como método de abordagem o indutivo, uma vez que se partirá dos diversos casos particulares julgados pelos tribunais brasileiros para se identificar as categorias da teoria da imputação objetiva recepcionadas por esses tribunais. Os métodos de procedimento serão o descritivo e o argumentativo. E como técnica de investigação, será empregada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A teoria de base é a teoria da imputação objetiva nas suas diversas variações.

Em relação à divisão do trabalho, ressalta-se que, no primeiro capítulo, serão abordados dois dos sistemas que foram formulados visando delimitar o delito, o causalismo e suas duas correntes – naturalista e valorativa – e o finalismo. Serão analisadas a aplicação e a recepção no Direito Penal Brasileiro, bem como as carências existentes nas teorias formuladas dentro dos sistemas para a solução de controvérsias.

Já o objeto do segundo capítulo é o estudo do sistema funcionalista e suas três vertentes: teleológica, sistêmica e monista. Dentro desse sistema, será destacada a teoria da imputação objetiva, analisando-se sua pertinência na solução das questões penais. Esse capítulo estará dividido em três momentos. No primeiro, será exposto o funcionalismo e as suas variações, com especial destaque para o funcionalismo teleológico de Roxin, o funcionalismo sistêmico de Jakobs e o funcionalismo monista de Hassemer. No segundo momento, discorrer-se-á sobre a teoria da imputação objetiva e, no terceiro, sobre a importância dessa teoria na solução de problemas jurídico-penais.

Por fim, o terceiro capítulo tratará da aplicação da teoria da imputação objetiva na jurisprudência dos tribunais pátrios, no período compreendido entre os anos de 2000 e 2015. Ele está dividido em três itens, estando o primeiro voltado à descrição dos casos nos quais os tribunais superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, recepcionam a teoria da imputação objetiva e aplicam seus critérios. O segundo item, por sua vez, tratará da recepção, pelos demais tribunais brasileiros, da referida teoria. O terceiro, por fim, tratará das adequações e inadequações na fundamentação das decisões adotadas em face da teoria da imputação objetiva.

2 O CAUSALISMO E O FINALISMO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No primeiro capítulo, serão abordados dois dos sistemas que foram formulados visando delimitar o delito, o causalismo e suas duas correntes – naturalista e valorativa – e o finalismo. Serão analisadas a aplicação e recepção no Direito Penal Brasileiro, bem como as carências existentes nas teorias formuladas dentro dos sistemas para a solução de controvérsias.

2.2 O CAUSALISMO

Desde os primórdios da civilização, condutas eram reprovadas, conforme se depreende dos livros milenares religiosos. Contudo, as atitudes taxadas como “criminosas” ou “pecaminosas” não estavam sujeitas a um critério científico pré-estabelecido, mas apenas pela discricionariedade dos aplicadores das sanções.

Assim, surgiram, na Idade Moderna, sistemas que se propuseram a explicar e a delimitar as condutas puníveis. Destes sistemas, o causalismo foi o primeiro a ser formulado, ainda no século XIX.

O sistema causalista conta com duas grandes vertentes, uma naturalista e outra valorativa. A primeira é denominada de sistema clássico, enquanto a segunda equivale ao sistema neoclássico ou neokantiano.

Essas duas vertentes serão analisadas em seguida.

2.2.1 O causalismo naturalista

O sistema clássico, também denominado causalismo naturalista, foi estruturado no final do século XIX a partir das obras dos juristas alemães Franz Von Liszt e Ernst Von Beling, sendo fundamentado mais definidamente na obra de Gustav Radbrunch¹.

¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: parte general*. 11. Ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, p. 61.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o conceito clássico de delito foi produto do “pensamento jurídico característico do positivismo científico, que afastava completamente qualquer contribuição das valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas”².

Essa forma de pensamento adotado pelo causalismo é evidenciada por Gustav Radbrunch que, ao refletir sobre o objeto do Direito Penal, afirma:

O direito penal tem como objeto a preposição jurídica que castiga com pena o delito. O assume como axioma, deixando para a teoria geral do direito a tarefa de obtê-lo dedutivamente. Inclusive a dedução tem pouca importância para o direito penal, já que o princípio *nullo crimen nulla poena sine lege* proíbe extrair conclusões não expressas na lei, sua tarefa é apenas demonstrar as preposições que a lei pronunciou ou, visto de outro ângulo, confirmar que estas tenham sido introduzidas corretamente³.

A não recepção dos juízos de valor é relacionada à motivação histórica do causalismo clássico: limitar a vontade do soberano, ou seja, impedir que sua liberalidade se sobreponha à lei. Rodrigo Santos Emanuele relata que:

Para os defensores dessa teoria, ficar vinculado literalmente ao texto legal era mais seguro. Interpretar a lei seria muito arriscado, não se podia dar margens a interpretações, pois essas causariam a insegurança de regredir para a época Imperial onde prevalecia a arbitrariedade. Portanto, a única interpretação possível do texto legal era a literal, devia-se seguir a risca a junção do fato à norma⁴.

A influência positivista foi determinante para o causalismo naturalista, porque negava contribuições valorativas filosóficas e privilegiava os métodos científicos e a ciência exata. A proposta era resolver os impasses jurídicos tão somente nos limites estritos da lei penal e sua interpretação literal⁵.

Enrique Díaz-Aranda explica que “os quatro grandes sistemas – clássico, neoclássico, finalista e funcionalista – têm um ponto de coincidência fundamental [...], partem da mesma estrutura do delito constituída a partir de três categorias básicas: ação típica, antijurídica e culpável”⁶.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 262.

³ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de F, 2011, p. 104.

⁴ EMANUELE, Rodrigo Santos. *Teorias da Conduta no Direito Penal*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3538/Teorias-da-conduta-no-Direito-Penal>. Acesso em 25.06.2015.

⁵ MASI, Carlo Velho. *As Modernas Teorias do Delito e suas receptividades no Direito Penal Brasileiro*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22983/as-modernas-teorias-do-delito-e-suas-receptividades-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 25.06.2015.

⁶ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo: causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal em México*. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 1. Tradução nossa.

Apesar dos sistemas partirem da mesma estrutura base, o que irá diferenciá-los é a concepção definida para cada uma dessas categorias, ou seja, o significado que será atribuído a cada uma delas. Por conseguinte, Gustav Radbrunch assevera que a “síntese reconstrutiva do conceito de delito deve começar com o conceito de ação”⁷.

No sistema clássico, entende-se a ação de forma absolutamente naturalística e se qualifica como típica qualquer conduta causadora de resultado típico⁸, sem levar em consideração sua adequação e potencialidade de efetivamente causar o resultado, fatores relevantes no sistema neoclássico.

Gustav Radbrunch, a partir da interpretação do código penal alemão, afirma que a “ação é alguma relação entre vontade e resultado”⁹. A lei alemã fala em ações puníveis, assim, através de uma conceituação a partir da própria lei, para esse autor:

A ação é algo capaz de suportar o atributo da punibilidade, e, dado que punível só pode ser algo culpável, e culpável, só algo antijurídico, a ação é algo que pode admitir os atributos da antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade¹⁰.

Por sua vez, os elementos de natureza objetiva são reservados ao injusto, ou seja, são avaliados na tipicidade e na antijuridicidade. Para Von Liszt, a “manifestação da vontade, o resultado e a relação de causalidade são os três elementos do conceito de ação. Abstrai-se, no entanto, desse conceito o conteúdo da vontade, que é deslocado para a culpabilidade”¹¹.

O causalismo, em sua vertente naturalista, tem correspondência com a teoria psicológica, a qual entende a culpabilidade como “a relação psicológica entre o agente e a ação que ocasiona um evento querido ou não querido, ainda que não previsto, mas previsível”¹². De modo que a culpabilidade, para esta teoria, só poderia ser afastada por causas que eliminassem o vínculo psicológico.

⁷ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de F, 2011, p. 103.

⁸ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo: causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal em México*. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 1. *Tradução nossa*.

⁹ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de F, 2011, p. 106.

¹⁰ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de F, 2011, p. 106.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 287.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 442.

Assim, é na culpabilidade que terá lugar a análise dos elementos subjetivos, o dolo e a culpa, os quais não são considerados apenas simples integrantes da culpabilidade, mas são seu conteúdo¹³, isto é, a presença do dolo ou da culpa resulta na existência ou não da culpabilidade.

Cezar Roberto Bitencourt conclui que no causalismo clássico “a ação, concebida de forma puramente naturalística, estruturava-se com um tipo objetivo-descritivo; a *antijuridicidade* era puramente objetivo-normativa e a *culpabilidade*, por sua vez, apresentava-se subjetivo-descritiva”¹⁴.

O causalismo naturalista se baseia na teoria da equivalência de condições, que é pautada pela máxima da *conditio sine qua non*, em tradução literal *condição sem a qual*, ou seja, a ação é considerada causa quando sendo suprimida, o resultado não ocorre.

Franz von Liszt sustenta que o “resultado deve ser produzido (ou causado) pelo movimento corpóreo, este e aquele devem estar entre si, como ordinariamente se diz, na relação de causa e efeito, em conexão causal”¹⁵.

Damásio Evangelista de Jesus ressalta que “a doutrina, para atender à questão ‘quando a ação deve ser considerada causa’, criou o método de eliminação hipotética de Thyrén”¹⁶, o qual consiste em mentalmente excluir certa ação do contexto dos fatos antecedentes e observar hipoteticamente se o resultado se mantém.

Nas palavras de Ernest Von Beling:

Nunca existe relação de causalidade quando a ação correspondente é mentalmente suprimível e sem ela o resultado também ter-se-ia produzido; ou seja, não há interferência de nenhuma “relação condicionante”¹⁷.

Assim, se o resultado persiste, a ação eliminada não deu causa, logo não pode ser típica. Porém, se a retirada dessa ação resulta na alteração do resultado, por conseguinte é causa, devendo ser considerada típica.

Reitera Franz von Liszt que “dá-se conexão causal entre o movimento corpóreo e o resultado, quando não se pôde supor suprimido o movimento corpóreo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido”¹⁸.

¹³ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDERMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Apresentação de Eugênio Pacelli de Oliveira, p. xix.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 262.

¹⁵ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. T. 1., p. 200.

¹⁶ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 06.

¹⁷ BELING, Ernst Von. *A Ação Punível e a Pena*. 1. ed. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007, p. 50. 7

Contudo, a teoria da equivalência de condições, põe em pé de igualdade as ações, considerando como causa todas as condutas que compõem a totalidade dos antecedentes, além de não abranger com coerência as omissões.

Por isso, nas palavras de Carlos Roberto Bacila, a aplicação da teoria da equivalência de condições sem mais critérios “levava quase ao infinito os causadores de resultados previsto em lei”¹⁹.

Gustav Radbruch diagnostica que, a partir das formulações realizadas no causalismo por Liszt,

A tripartição alcançada pela teoria do delito, parecia ter um firme fundamento lógico. No requisito da tipicidade se reuniu os elementos descritivos e objetivos do delito; na antijuridicidade, os elementos normativos e objetivos; na culpabilidade, os elementos subjetivos e descritivos. Durante algum tempo essa organização sistemática, em sua enganosa claridade, pareceu colocar um fim definitivo ao problema do sistema da teoria do delito²⁰.

Assim, a distinção entre as estruturas, antes tão óbvia, começou a ser questionada, os limites passaram a ser mais tênues. O critério valorativo, devido às lacunas do causalismo clássico, foi sendo reformulado dentro da nova base teórica que vinha se firmando, rompendo-se com o sistema anteriormente estabelecido, contudo sem abandonar totalmente seus preceitos. Fala-se, então, de um sistema neoclássico.

2.2.2 O causalismo valorativo

Com o avanço histórico, o Direito Penal, bem como toda a ciência jurídica, foi se desvencilhando do positivismo, mas não necessariamente o negou, podendo-se dizer, portanto, que o causalismo neoclássico, ou valorativo, é “uma forma de positivismo aberta à filosofia dos valores”²¹.

¹⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. T. 1., p. 201.

¹⁹ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 37.

²⁰ RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de F, 2011, ps. 183 e 184.

²¹ MASI, Carlo Velho. *As Modernas Teorias do Delito e suas receptividades no Direito Penal Brasileiro*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22983/as-modernas-teorias-do-delito-e-suas-receptividades-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 25.06.2015.

Sobre as duas principais vertentes do causalismo, ou seja o causalismo naturalista e o causalismo valorativo, e suas respectivas bases filosóficas explicam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

No início, o conceito causalista de conduta apoiou-se sobre a base filosófica do positivismo mecanicista, herdado das concepções da Ilustração e, portanto, tributário das concepções físicas de Newton. Tudo são causas e efeitos, dentro de um grande mecanismo que é o universo, e a conduta humana, como parte dele, também é uma sucessão de causa e efeito. [...] O segundo momento filosófico tem lugar quando se descarta a filosofia positivista [...]. Esta nova base filosófica é oferecida pelo neokantismo de Baden. Se a primeira foi chamada de estrutura “clássica” o delito, a segunda costuma-se chamar de “estrutura neoclássica”, desenvolvida em sua máxima expressão por Mezger²².

Por conseguinte, o causalismo valorativo diferencia-se do naturalista, ao passo que considera se a conduta é adequada na causação do resultado, assim “a pergunta que se deve fazer não é se o autor causou um resultado, mas, se ele ‘determinou’ um resultado”²³.

Cezar Roberto Bitencourt pontua:

Com efeito, aquela formulação clássica do conceito de crime, atribuída a Liszt e Belling, sofreu profunda transformação, embora sem abandonar completamente seus princípios fundamentais, justificando-se, dessa forma, a denominação conceito neoclássico. Esse conceito neoclássico correspondia à influência no campo jurídico da filosofia neokantiana, que priorizava o normativo e axiológico. Substituiu a coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas perspectivas valorativas que o embasam (teoria teleológica do delito)²⁴.

Percebe-se que a mera descrição do tipo começou a se mostrar insuficiente. Dorita Ziemann Hasse afirma que “as evoluções dos tempos, assim como as mudanças culturais exigiam mais do que apenas a lei para serem definidos [os delitos]”²⁵, a valoração ganhou destaque.

Rogério Greco explica que a “teoria clássica, no sistema causal-naturalista criado por Liszt e Belling, diz ser a ação o movimento humano voluntário *produtor* de uma

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 369.

²³ BARBERÁ *apud* BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 49.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 264.

²⁵ HASSE, D. Z. Tipificação penal: *teoria finalista e teoria social no direito brasileiro*. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, jul./ dez. 2010, p. 178.

modificação no mundo exterior” e na teoria neoclássica (valorativa) “a ação se define como o comportamento humano voluntário *manifestado* no mundo exterior” (*grifo nosso*)²⁶.

Logo, o viés valorativo implementado no sistema neoclássico reformula o sistema do causalismo clássico, porque busca averiguar se o resultado é a manifestação da ação, ou seja, se a conduta foi adequada para a causação do resultado. Por fazer tal juízo de valor, o sistema foi qualificado como valorativo.

Francisco Bissoli Filho, esclarece que o causalismo valorativo parte de uma “premissa com enfoque diferenciado, segundo a qual ‘não há crime sem resultado’, o que ‘não significa necessariamente a modificação do mundo exterior, como resultado natural’, sendo suficiente ‘a composição do tipo’, isto é, o resultado jurídico”²⁷.

Esse mesmo autor constata que,

No que tange aos elementos subjetivos, o causalismo clássico compreendeu como pertencentes exclusivamente à culpabilidade, por ser esta depositária da parte interna ou subjetiva. Foi no âmbito do causalismo neokantista ou neoclássico, sobretudo por obra de Mayer e Mezger, que começou a se abrir uma fresta importante, fazendo com que a subjetividade passasse a integrar o tipo penal; fato este que se sedimentou apenas no âmbito do finalismo.²⁸

Conforme Cezar Roberto Bitencourt, com as orientações do sistema neoclássico, todos os elementos sofreram alterações:

[...] a começar pelo conceito de ação, cuja concepção, puramente naturalística, constituía o ponto mais frágil do conceito clássico de crime, especialmente nos crimes omissivos, nos crimes culposos e na tentativa [...]. A tipicidade, por sua vez, com o descobrimento dos elementos normativos, que encerram um conteúdo de valor, bem como o reconhecimento da existência dos elementos subjetivos do tipo, afastaram definitivamente uma concepção clássica do tipo, determinada por fatores puramente objetivos. A antijuridicidade, igualmente, que representava a simples contradição formal a uma norma jurídica, passou a ser concebida sob um aspecto material, exigindo-se uma determinada danosidade social²⁹.

Por conseguinte, no âmbito do causalismo valorativo, surge a teoria da causalidade adequada, a qual parte da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua*

²⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 144.

²⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 175.

²⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 180.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 265.

non), relativa ao causalismo naturalista, mas a supera, uma vez que, em seguida, estabelece outra análise da causalidade, agora conforme o critério da norma jurídica³⁰, ou seja, aprimora a teoria já existente com o acréscimo do critério da adequação.

Ernest Von Beling explica que:

[...] se determinada ação encontra-se entre as condições necessárias para a produção do evento, se para este é uma *conditio sine qua non*, apresenta-se a questão de saber se essa relação entre ela e o resultado já é suficiente para construir “autoria”, ou se dentro do círculo das condições do resultado interferem diferenças, e, portanto, pode ser que uma ação humana, mesmo sendo co-condicionante para o evento, resulte ser irrelevante do ponto de vista jurídico, ou que apenas crie uma responsabilidade secundária em vez de uma “principal”³¹.

Portanto, não basta que a ação seja *conditio sine qua non*, sendo necessário que se proceda a análise, valorativamente, dos antecedentes para definir quais causas implicam em autoria e quais são menos importantes ou irrelevantes.

Dentro do sistema neoclássico, também se desenvolve a teoria psicológico-normativa, na qual dolo e culpa “passam a constituir, necessariamente, elementos da culpabilidade, embora não exclusivos, pois esse novo conceito de culpabilidade, a contrário da teoria psicológica, necessita de outros elementos para aperfeiçoar-se”³².

Assim, além do elemento chamado de psicológico (dolo ou culpa), a exigibilidade de conduta diversa, ou seja, o poder de agir de outro modo, e a imputabilidade, que na teoria psicológica era tomada como pressuposto, também são elementos essenciais da culpabilidade.

Quanto à causalidade, no causalismo neoclássico, conforme pontua Celso Delmanto, para que a conduta humana seja causa de um resultado, não basta ter sido condição, mas ela deve ter sido adequada a produzir tal resultado. Conforme esse autor, “para saber se a ação era ou não adequada a produzir certo resultado, deve-se verificar a situação concreta em que o autor se encontrava no momento da conduta (análise *ex ante*), bem como os conhecimentos que o autor tinha a respeito das circunstâncias”³³.

Conclui-se que, ao estabelecer um segundo critério - o da adequação -, o causalismo valorativo aperfeiçoa a teoria adotada no sistema naturalista e barra a

³⁰ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 51.

³¹ BELING, Ernst Von. *A Ação Punível e a Pena*. 1. ed. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007, p. 50.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 446.

³³ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

possibilidade de regressão ao infinito que se inferia da teoria da equivalência de condições. O causalismo neoclássico, por conseguinte, mostrou grande contribuição para a conceituação dos critérios e para toda a teoria do delito.

2.3 O FINALISMO

No final da década de 1920, começa a ser formulado um novo esquema, aperfeiçoado na obra de Hans Welzel, a qual, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “se volta decididamente ao esquema aristotélico, a partir da afirmação de que a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, isto é, de sua finalidade”³⁴.

Hans Welzel, em sua obra *Direito Penal alemão* afirma:

A ação humana é o exercício da atividade final. A ação é, por isso, acontecer “final” e não apenas “causal”. A “finalidade” ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, colocando, por tanto, fins diversos e dirigindo sua atividade, conforme seu plano, à realização destes fins. Em virtude de seu saber causal prévio, pode dirigir os distintos atos de sua atividade de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente³⁵.

Assim, surge o sistema denominado finalismo, o qual valoriza nitidamente o fim que a conduta humana voluntária possui, isto é, a finalidade para qual se dirige. Dorita Ziemann Hasse sintetiza o finalismo:

A partir da elaboração dessa teoria por Hans Welzel, não seria mais possível deixar de considerar o elemento volitivo na forma com as ações foram praticadas. Estava identificada a salutar diferença entre o clássico conceito causal e o novo conceito finalista³⁶.

A teoria finalista determina a análise da conduta observando a finalidade. Hans Welzel diferencia atividade final de acontecer causal: “a atividade final é um ato orientado

³⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 350.

³⁵WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 53. *Tradução nossa*.

³⁶HASSE, D. Z. Tipificação penal: *teoria finalista e teoria social no direito brasileiro*. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, jul./ dez. 2010, p. 179.

conscientemente a um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido a um fim, mas é a resultante causal dos componentes causais existentes em cada caso”³⁷.

Assim, explica Francisco de Assis Toledo:

A finalidade é, pois, “vidente”; a causalidade, “cega”. E nisso reside, precisamente, a grande diferença entre o conceito “clássico” causal da ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois de desencadeada, é considerada em seus aspectos externos, numa sequência temporal “cega”, de causa e efeito, como algo que se desprende do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo “fim” (pelo objetivo) antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida³⁸.

Nas palavras de Rogério Greco, “com o finalismo de Welzel, a ação passou a ser concebida como o exercício de uma atividade final. É a ação, portanto, um comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer”³⁹.

Carlo Velho Masi reflete sobre o critério valorativo no sistema finalista:

O critério valorativo fundamental do respeito à dignidade humana, como um princípio de justiça imanente ao Direito e de validade a priori, constitui o elemento essencial e último do Finalismo. Da concepção do homem como pessoa, capaz de agir como ser livre e responsável, exsurge a necessária vinculação do Direito ao conceito finalista de ação, na medida em que as normas só podem mandar ou proibir uma conduta final. O legislador tem a liberdade de eleger e selecionar os comportamentos passíveis de punição, mas não pode alterar a estrutura finalista da ação ou a autodeterminação do homem conforme a um sentido⁴⁰.

A conduta final, conforme explica Cezar Roberto Bitencourt, “é uma atividade dirigida conscientemente em função do *fim*, enquanto o *acontecer causal* não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso”⁴¹.

Com a inserção do elemento finalidade, o dolo e a culpa, que no causalismo encontravam-se no âmbito da culpabilidade, no finalismo deslocam-se para a tipicidade.

³⁷ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, p. 53. Tradução nossa.

³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 97.

³⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, ps. 144-145.

⁴⁰ MASI, Carlo Velho. *As Modernas Teorias do Delito e suas receptividades no Direito Penal Brasileiro*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22983/as-modernas-teorias-do-delito-e-suas-receptividades-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 25.06.2015.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 120.

Assim, com a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, surge uma concepção puramente normativa, ou seja, a culpabilidade depurada⁴².

Depuração da culpabilidade é a ausência do elemento anímico, ressaltando-se o caráter normativo. Segundo André de Abreu Costa, “convencionou-se chamar tal teoria de normativa pura. Isto porque, na culpabilidade, só vão caber elementos valorativos, com base na ideia de reprovação”⁴³.

Por conseguinte, a inserção do dolo e da culpa no tipo penal, faz com que se denomine tipo complexo, de modo que, se a conduta for desprovida de dolo ou de culpa, não há que falar de fato típico, senão de fato atípico.

Segundo a explicação de Dorita Ziemann Hasse, no sistema finalista, o fato típico é “o ato praticado pelo agente, desde que com dolo ou culpa na sua conduta, considerando atípica se ausentes os referidos elementos. Assim, a vontade e a conduta estariam unidas entre si para fins de tipicidade”⁴⁴.

O elemento subjetivo, isto é, a vontade caracterizada pelo dolo e pela culpa, ganha tanta importância que sua finalidade condiciona e determina a qualificação jurídica a ser dada à conduta.

Hans Welzel explica que,

Dado que a finalidade baseia-se na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigir, por conseguinte, este, conforme o plano, à consecução de um fim, a espinha dorsal da ação finalista é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal⁴⁵.

Pela análise de Fernando Galvão, no finalismo “o conteúdo dos tipos penais tornou-se mais complexo e cheio de significado do que o anteriormente vislumbrado pelo causalismo. Welzel ressaltou que a conduta possui um importante sentido social”⁴⁶.

Assim, o finalismo considerou a capacidade de previsão dos seres humanos, devendo-se observar os efeitos que podem ser gerados a partir de sua conduta, mesmo que não sejam o objetivo final. Por exemplo, quem dirige rápido tem como objetivo chegar

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 277.

⁴³ COSTA, André de Abreu. *Dupla valoração do dolo no conceito estratificado de crime e erro sobre pressuposto de fato de causa de justificação*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2830, 1 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18809>>. Acesso em: 9 jun. 2015.

⁴⁴ HASSE, D. Z. Tipificação penal: *teoria finalista e teoria social no direito brasileiro*. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, jul./ dez. 2010, p. 170.

⁴⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

⁴⁶ GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 19.

rápido, contudo possui capacidade de prever que o excesso de velocidade pode causar acidentes.

De acordo com Giovanni Musoto, a intenção é, por conseguinte, o critério de determinação do comportamento⁴⁷. É determinante, pois definirá se a conduta enquadra-se como típica ou não, bem como se houve dolo ou culpa.

Carlos Roberto Bacila defende que o “finalismo adota a Teoria da Equivalência das Condições nos casos de tipos de ação em sentido estrito com resultado material, mas entende que acontecimentos raríssimos e improváveis excluem o dolo”⁴⁸.

Hans Welzel exemplifica com o caso de uma enfermeira que ministra injeção, sem saber que o conteúdo é capaz de efeito mortal, realiza ela uma ação final de injetar, contudo não de matar⁴⁹.

No exemplo apresentado, apesar de a conduta da enfermeira ser *conditio sine qua non* da morte e ainda adequada, já que foi capaz de produzir o resultado, não lhe pode ser imputado o fato, pois não havia vontade dirigida a certa finalidade que poderia implicar nesse resultado, considerando-se, supostamente, que no fato não houve ação culposa.

Conclui-se que a total falta de previsibilidade, no sistema finalista, será considerada para fins de imputação, ou seja, não obstante a presença do nexo de causalidade, acontecimento extraordinários são capazes de atingir o dolo, devendo ser apurada a possibilidade de culpa casuisticamente.

O finalismo, assim, contribuiu decisivamente para a formulação do desvalor da ação, enquanto elemento constitutivo do injusto penal, e para melhorar a delimitação da própria culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal⁵⁰.

2.4 A TEORIA SOCIAL DA AÇÃO COMO VARIAÇÃO DO FINALISMO

Tendo como grandes nomes Eberhard Schmidt e Johannes Wessels, a teoria social da ação, impulsionada pelo sentimento liberal, se propõe como intermediária as teorias causal e final⁵¹.

⁴⁷ MUSOTTO, Giovanni. *Diritto Penale: Parte Generale*. Palermo: Editora Palumbo, 1981, p. 157.

⁴⁸ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 58.

⁴⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: parte general*. 11. Ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, p. 57.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 268.

Discorrendo sobre a teoria social da ação, Cezar Roberto Bitencourt pontua que:

Essa teoria tem a pretensão de apresentar uma solução conciliadora entre a pura consideração ontológica e a normativa, sem excluir os conceitos causal e final da ação. Mas, antes de atingir o atual desenvolvimento, passou por vários estágios, cujas variantes levaram Maurach a admitir que até se pode falar em várias teorias sociais da ação [...].

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli explicam que a teoria social da ação se baseia “na afirmação de que não é qualquer ação que pode ser matéria proibida pelo Direito Penal, mas somente aquelas que têm sentido social, isto é, que transcendem a terceiros [...]”⁵².

A teoria social não se desvincilhou totalmente dos postulados formulados no finalismo, por isso, considera-se que ainda se encontra dentro do sistema finalista. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, Hans Welzel parece ter se posicionado no mesmo sentido ao afirmar que a compreensão da ação enquanto fenômeno social não pode ser entendida em outro sistema que não o finalista⁵³.

A teoria social da ação diferencia-se da teoria finalista da ação, uma vez que exige que a conduta seja munida de relevância social para que possa ser taxada de típica. De modo que, a ação que se apresentar socialmente adequada será atípica, mesmo que preencha, *a priori*, os requisitos da tipicidade⁵⁴.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli acreditam que o “requisito da relevância social, entendida como a necessidade de que a conduta transcenda da esfera meramente individual do autor para a do outro, é um requisito da tipicidade penal da conduta, mas não da conduta em si”⁵⁵. Isto é, não deixa de ser conduta aquilo que não transcende a ninguém, porém deixa de ser típico.

Com a teoria social da ação começam a borbulhar ideias na teoria do delito que, posteriormente, vieram a ser reinventadas no funcionalismo, dentre essas ideias, destaca-se o princípio da transcendência dos bens jurídicos que vem a ser tratado com mais

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 372

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, ps. 372-373.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, ed. 21, São Paulo: Saraiva, 2015 p. 291.

⁵⁴ EMANUELE, Rodrigo Santos. *Teorias da Conduta no Direito Penal*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3538/Teorias-da-conduta-no-Direito-Penal>. Acesso em 26.06.2015.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 374.

profundidade no funcionalismo. Assim, é de extrema importância a análise da relevância social, não obstante a pouca aceitação da teoria social pelos ordenamentos jurídicos.

2.5 APLICAÇÕES DO CAUSALISMO E DO FINALISMO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.5.1 A recepção do causalismo e do finalismo pelo Direito Penal brasileiro

O Direito Penal brasileiro, seguindo a tendência internacional, passou a recepcionar as teorias formuladas pelos estudiosos na academia e em toda a *praxis* jurídica como um todo, buscando aperfeiçoar o sistema legal para o enquadramento de condutas penalmente relevantes.

Ao se observar o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria penal, o causalismo clássico parece ainda ser aceito por parte da legislação, principalmente no tocante ao artigo 13 do Código Penal Brasileiro, que traz a seguinte disposição: “ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”⁵⁶.

Essa oração remete sem dúvida à teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), contudo o artigo 13 do Código Penal deve ser compreendido dentro da lógica contida em todo o sistema legal e não como norma isolada.

Não obstante o mencionado artigo transpareça que adotou a teoria de equivalência de condições, considerando, contudo, as omissões, por meio da análise do conjunto do ordenamento jurídico brasileiro, é evidente a vedação ao regresso ilimitado.

Assim, o critério valorativo do causalismo neoclássico vem sendo empregado para justificar a limitação do regresso, o que demonstra a recepção da teoria da causalidade adequada, ao menos em parte, pelo Direito Penal brasileiro.

Na concepção de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o ordenamento jurídico brasileiro, bem como a doutrina, adotavam predominantemente a teoria causalista antes do Código Penal de 1940, contudo, esse diploma legal teria adotado o finalismo, iniciando a mudança de paradigma⁵⁷.

⁵⁶ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 350.

Os demais diplomas legais subsequentes seguiram, em regra, a quebra do paradigma causalista iniciada com o Código Penal de 1940, adotando também o finalismo como parâmetro.

Analisando o artigo 20 do Código Penal brasileiro, por sua vez, percebe-se a adoção dos parâmetros finalistas, uma vez que o mencionado artigo posiciona o dolo e a culpa na tipicidade e não na culpabilidade.

Quanto à teoria social da ação, a não tipificação do suicídio e da autolesão no ordenamento jurídico brasileiro podem ser compreendidas como casos de recepção dessa teoria.

Conforme Rodrigo Emanuele Santos, “não se deixa de avaliar a sociabilidade da ação, podendo esta ser utilizada pelo magistrado como critério de fixação da pena base, com fundamento no artigo 59 do Código Penal”⁵⁸.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “muito embora nem todos os autores adotem um único ponto de partida quanto à teoria do conhecimento, estão acordes numa única sistemática (tipo complexo, culpabilidade depurada)”⁵⁹.

Outrossim, analisando as disposições contidas no Código Penal, percebe-se vestígios do causalismo, contudo o finalismo coincide melhor com a ideia sistemática geral adotada.

Conclui-se que o Código Penal e a legislação esparsa não adotam um único sistema, valendo-se ora de uma teoria, ora de outra, dificultando que se utilize o mesmo raciocínio lógico em todos os casos previstos.

2.5.2 Carências demonstradas por essas teorias na solução das controvérsias

2.5.2.1 Do sistema causalista

Primeiramente, cabe pontuar que a definição do delito é uma tarefa árdua, sendo que uma das grandes dificuldades encontra-se na questão da causalidade. Carlos

⁵⁸ EMANUELE, Rodrigo Santos. *Teorias da Conduta no Direito Penal*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3538/Teorias-da-conduta-no-Direito-Penal>. Acesso em 25.06.2015.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 351.

Roberto Bacila cita a Teoria da Relatividade de Albert Einstein e a Teoria de Probabilidade e Motivação de Max Planck para exemplificar o quão importante e complexa é a causalidade⁶⁰.

Assim, o causalismo enquanto tentativa de delimitar a causalidade, através da formulação da teoria da *conditio sine qua non*, e, por conseguinte, amarrar o conceito de delito, possui seu mérito. Contudo as teorias formuladas, tanto no causalismo naturalista quanto no causalismo valorativo, nem sempre se mostram suficientes para resolver as questões que lhe são apresentadas.

A simples aplicação da lei sem maiores interpretações e valorações, como propõe o causalismo naturalista, distancia o legislado do legislador e, além de não ser suficiente para barrar a discricionariedade do soberano, ainda afasta a efetividade buscada pela lei.

Na mesma corrente, a teoria da *conditio sine qua non*, ou seja, condição que suprimida evitaria o resultado, adotada no causalismo clássico, corresponde à ideia de aplicação seca de lei e, devido à ausência de valorações, nas palavras de Carlos Roberto Bacila, “levava quase ao infinito os causadores de resultados previsto em lei”⁶¹.

Outra crítica é realizada por Paulo Queiroz, o qual afirma que a teoria da *conditio sine qua non* não passa de uma tautologia, isto é, “a fórmula de exclusão mental pressupõe aquilo que deveria descobrir” e ainda considera “resolvido o nexa causal”⁶².

Esse autor explica, ainda, que:

Exatamente por isso é que Roxin afirma que ela não é só uma teoria inútil, como também capaz de conduzir a erros graves. No mesmo sentido Jakobs considera que a fórmula é supérflua, porque o resultado da supressão mental só pode ser determinado se se conhecer de antemão se a condição é causal, constituindo um ciclo vicioso, porque o conceito que se pretende definir aparece oculto no material com o qual se define⁶³.

No tocante à omissão, a teoria da equivalência de condições (*conditio sine qua non*) não consegue explicar a causalidade. Segundo Fernando Galvão, “no campo da omissão

⁶⁰ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, ps. 50-51.

⁶¹ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 37.

⁶² QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal Parte Geral v. 1*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 218.

⁶³ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal Parte Geral v. 1*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 219.

delitiva, a visão natural-mecanicista não pôde oferecer explicação coerente para a responsabilização do resultado lesivo”⁶⁴

Hans Welzel, a partir das ideias do sistema finalista, critica:

O defeito fundamental da teoria da ação causal consiste no fato de que não apenas desconhece a função absolutória constitutiva da vontade, como fator de direção da ação, mas também destrói e converte a ação em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer”⁶⁵.

Segundo esse autor, o causalismo ignora o conteúdo da vontade, limitando a ação a um mero processo causal, invertendo-se, nessa lógica, a relação entre vontade e ação, o que acaba acarretando um segundo problema:

Na definição de tentativa fracassa a doutrina da ação causal. Porque a tentativa não é um mero processo causal que não produz seu efeito, mas uma ação que aponta para um resultado previamente eleito; conseqüentemente, uma ação na qual o conteúdo da vontade é um elemento constitutivo”⁶⁶.

Se a tentativa fosse considerada apenas como um processo causal que não foi capaz de produzir seus efeitos, seria difícil justificar e sustentar imputação diferente dos atos consumados.

Assim, apenas por meio da consideração da vontade dirigida é que se possibilita imputação mais gravosa do que eventual ato já praticado. Uma vez que inequívoca a finalidade visada pelo autor. Conclui-se que a tentativa, no sistema finalista, possui uma sanção mais grave do que a sanção *a priori* cabível (aquela correspondente aos atos já praticados) porque sua conduta é mais reprovada em razão da vontade dirigida.

Mais problemas são ressaltados por Carlos Roberto Bacila:

Outra lacuna da Teoria da Equivalência de Condições ocorre quando a causalidade hipotética pode ser alternativa, como seria o exemplo de duas pessoas atirarem ao mesmo tempo numa terceira pessoa, causando-lhe a morte sendo que os dois tiros seriam fatais. Ao se suprimir mentalmente um dos disparos, o resultado persiste, logo não seria *conditio sine qua non*”⁶⁷.

Sobre o assunto, Paulo Queiroz exemplifica com o caso de envenenamento por dois agentes distintos, sendo que ambas as doses eram letais. No caso, eliminando uma

⁶⁴ GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 18.

⁶⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

⁶⁶ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

⁶⁷ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47. 20

das causas o resultado se mantém, o que poderia levar à conclusão que nenhum dos dois envenenamentos deu causa, o quê, por lógico, não está correto⁶⁸.

Buscando limitar o regresso ao infinito, o causalismo valorativo trouxe o critério da adequação, aplicado através da valoração da conduta. Contudo a teoria da causalidade adequada, por tomar como base a *conditio sine qua non*, continua com os problemas da causalidade alternativa e não satisfaz totalmente os casos de omissão.

2.5.2.2 Do sistema finalista

Se o causalismo clássico pecou pelo excesso de apego à lei, o causalismo neoclássico iniciou a abertura para valorações subjetivas, as quais são levadas ao auge no sistema finalista.

O finalismo talvez abriu espaço para muita subjetividade, ao buscar saber a finalidade intrínseca na vontade do autor da conduta, de modo que a questão central é “como o julgador irá perquirir, com a segurança devida, ao se tratar da liberdade do ser humano, qual a verdadeira finalidade do agente ao praticar a ação, requisito essencial para a tipificação do delito”⁶⁹.

Assim, a “tipificação se torna um terreno extremamente subjetivo, passando a ser um grande problema quando se trata de julgar, subjetivamente, qual a finalidade do agente em determinado momento da ação delituosa”⁷⁰.

O próprio Hans Welzel acaba por levantar uma delicada questão sobre o finalismo, afirmando que “se o autor tiver sempre que contar, ou seja, que calcular, com a produção de todas as consequências possíveis conhecidas e desconhecidas por ele, não poderia atuar em absoluto”⁷¹.

Eberhard Schmidt, um dos defensores da teoria social da ação, afirma que o conceito final de ação toma a conduta de forma unilateral em função da vontade individual, bem como defende que deveria ser utilizada a análise objetiva do ponto de vista social⁷².

⁶⁸ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal Parte Geral v. 1. 2. ed.* Salvador: JusPodivm, 2012, p. 219.

⁶⁹ HASSE, D. Z. Tipificação penal: *teoria finalista e teoria social no direito brasileiro*. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, jul./ dez. 2010, p. 183.

⁷⁰ HASSE, D. Z. Tipificação penal: *teoria finalista e teoria social no direito brasileiro*. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, jul./ dez. 2010, p. 183.

⁷¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, p. 57. Tradução nossa.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 291.

No tocante à teoria social da ação, que se encontra dentro do sistema finalista, Emanuele Rodrigo Santos afirma que a principal crítica é em relação à segurança jurídica, uma vez que a análise dos costumes seria fundamental para a qualificação da conduta como típica. Essa autora pontua que “o próprio Código Penal já estabeleceu as excludentes de ilicitude quando uma conduta for, embora típica, perfeitamente aceitável, como, por exemplo, no caso da legítima defesa”⁷³.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli problematizam a questão da transcendência da conduta, uma vez que é proibida a tipificação de condutas que não transcendam do agente porque não afetam bens jurídicos, e não por não serem condutas. Assim, a teoria social da ação coloca problemas da tipicidade na fase pré-típica⁷⁴.

Tendo em vista as carências identificadas nas teorias existentes, começou a se pensar em um novo paradigma, materializado no sistema funcionalista e na teoria da imputação objetiva, objetos do capítulo que segue.

⁷³ EMANUELE, Rodrigo Santos. *Teorias da Conduta no Direito Penal*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3538/Teorias-da-conduta-no-Direito-Penal>. Acesso em 25.06.2015.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 372.

3 O FUNCIONALISMO E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto do segundo capítulo é o estudo do sistema funcionalista e suas três vertentes: teleológica, sistêmica e monista. Dentro desse sistema, será destacada a teoria da imputação objetiva, analisando-se sua pertinência na solução das questões penais.

Assim, o presente capítulo está dividido em três momentos. No primeiro deles, expõe-se o funcionalismo e as suas variações, com especial destaque para o funcionalismo teleológico de Roxin, o funcionalismo sistêmico de Jakobs e o funcionalismo monista de Hassemer. No segundo momento, discorre-se sobre a teoria da imputação objetiva e, no terceiro, sobre a importância dessa teoria na solução de problemas jurídico-penais.

3.2 O FUNCIONALISMO E SUAS VARIAÇÕES

Na segunda metade do século XX, começa a surgir um novo modelo penal, o funcionalismo, que, segundo Enrique Díaz-Aranda, retoma os princípios do pensamento neohegeliano e neokantiano, esquecidos no período entre as duas grandes guerras mundiais, desenvolvendo-os sobre as bases da moderna teoria dos fins do Direito Penal e da pena⁷⁵.

Cezar Roberto Bitencourt faz um diagnóstico dos sistemas até então apresentados, relatando que o positivismo jurídico (sistema clássico) se atenta, exclusivamente, para a sistematização do direito positivo, o neokantismo (sistema neoclássico) preocupa-se com a dimensão axiológica da elaboração jurídica e o finalismo fica adstrito ao ontologismo e ao método dedutivo-abstrato na construção dogmática⁷⁶.

Esse autor acredita que:

[...] nenhuma destas propostas é isenta de problemas, ao mesmo tempo que todas elas apresentam aspectos positivos que devem ser levados em consideração como objeto de estudo da dogmática jurídico-penal. Justamente por isso as correntes dogmáticas do *pós-finalismo* se caracterizam em maior ou menor medida pela tentativa de conciliar aqueles

⁷⁵ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo: causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal em México*. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 80-81. Tradução nossa.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 122.

aspectos que antes se apresentavam como contrapostos, isto é, carregam consigo a marca do ecletismo metodológico⁷⁷.

Assim, segundo esse autor, os desdobramentos da teoria do delito, que culminam no sistema funcionalista, são caracterizados “pela tendência de normativização dos conceitos, isto é, pela elaboração de conceitos com base em juízos de valor, e pela orientação do sistema penal a finalidades político-criminais”⁷⁸.

Neste sistema, explica Enrique Díaz-Aranda, entende-se como “ação relevante para o Direito Penal tudo que se pode atribuir ao sujeito como centro anímico-espiritual da ação, ou seja, uma manifestação da vontade materializada em uma conduta que contradiz a expectativa social”⁷⁹.

Podem ser identificadas diversas correntes dentro do funcionalismo que divergem no tocante à qual seria a função do Direito Penal. Dessas cabe enumerar ao menos três: o funcionalismo teleológico de Claus Roxin, o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs e o funcionalismo monista de Winfried Hassemer.

3.3.1 O funcionalismo teleológico de Claus Roxin

Claus Roxin propõe o funcionalismo teleológico, o qual, conforme análise de Carlos Christian Sueiro, busca a repaginação da teoria do delito, visando sua compreensão em conformidade com a política criminal, possibilitando, assim, a introdução de decisões valorativas⁸⁰.

A construção do funcionalismo teleológico parte de alguns questionamentos levantados por Claus Roxin:

De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 122.

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 269.

⁷⁹ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo: causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal em México*. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 82. *Tradução nossa*.

⁸⁰ SUEIRO, Carlos Christian. *Los paradigmas del derecho penal: sobre la armonia metodológica del derecho penal. La interdisciplinariedad de la Penología, la Criminología, la Dogmática, el Derecho Procesal Penal y la Política Criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011, p. 248-250.

preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável no sistema?⁸¹.

A resposta formulada pelo próprio Claus Roxin é de que a saída para uma teoria do delito positivista, a qual afasta o fator político-criminal e é concebida como puramente classificação formal, é a correção valorativa, que permitirá o diálogo entre política criminal e Direito Penal⁸².

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt pontua:

A abertura do sistema a considerações valorativas é um claro resgate da tradição metodológica do neokantismo, agora revitalizada com base nos princípios garantistas limitadores do *ius puniendi*, reconhecidos pela Constituição, na finalidade preventivo-geral da pena⁸³.

Para Claus Roxin, o Direito Penal é forma para a realização das finalidades político-criminais⁸⁴ e deve buscar afastar a criação de riscos intoleráveis para o convívio seguro entre as pessoas. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “o sistema penal não pode ficar alheio à realização dos fins que o legitimam”⁸⁵.

Assim, para a corrente teleológica, a função do Direito Penal está fortemente relacionada à proteção dos bens jurídicos, não podendo se aplicar pena fora do contexto de ameaça ou de lesão a certo bem jurídico protegido penalmente.

Conforme Claus Roxin:

quando a interpretação de tipos, avalorada e quase automática, em correspondência ao ideal positivista-liberal, não alcança soluções claras ou aceitáveis, a solução é procurada teleologicamente, através do bem jurídico protegido⁸⁶.

⁸¹ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 07.

⁸² ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 16.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 124.

⁸⁴ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 123.

⁸⁶ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26.

Desse modo, explica Cezar Roberto Bitencourt, no funcionalismo teleológico, seria possível afastar as soluções que, embora coerentes com a dedução sistemática, sejam incompatíveis com seus princípios garantistas e fins político-criminais⁸⁷.

Quanto às categorias da teoria do delito, Claus Roxin propõem que sejam reestruturadas sob o ângulo da política criminal. Assim, o tipo se relaciona à determinação legal, de modo que deve servir ao cumprimento do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. A antijuridicidade, por sua vez, é o campo da solução de conflitos entre interesses individuais e sociais. Por fim, a culpabilidade pouco tem a ver com a comprovação do poder de agir diversamente, mas é pautada na questão normativa de como e até que ponto é preciso aplicar a pena conforme prevenção geral e específica⁸⁸.

Ressalta-se que a culpabilidade e a prevenção limitam uma a outra, de modo que as “necessidades preventivas jamais podem levar a que se puna onde inexistente culpabilidade. Mas a culpabilidade de uma pessoa igualmente não basta para legitimar a pena, enquanto esta não seja indispensável do ponto de vista preventivo”⁸⁹.

Para Claus Roxin, o termo mais correto seria a responsabilidade no lugar de culpabilidade, “pois a culpabilidade é somente um dos fatores que decidem sobre a responsabilidade penal”⁹⁰.

Ao analisar o sistema proposto por Roxin, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli concluem:

Talvez a [característica] que maior atenção está por merecer, seja a sua teoria da imputação ao tipo objetivo. Sustenta que nas três sistematizações precedentes o tipo objetivo é reduzido à causalidade, propondo a sua substituição pela produção de um risco não permitido no âmbito protetor da norma, com o que a categoria natural ou lógica da causalidade fica substituída por uma regra de trabalho, orientada por valores jurídicos⁹¹.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 123.

⁸⁸ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, ps. 29-31.

⁸⁹ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, prefácio para edição brasileira.

⁹⁰ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 70.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 352.

Assim, a marca da obra de Roxin reside na reintrodução de valores, agora pautados pela juridicidade e pela formulação da teoria da imputação objetiva, a qual se abordará adiante.

3.3.2 O funcionalismo sistêmico de Jakobs

Divergindo da proposta de Roxin, Günther Jakobs idealiza o funcionalismo sistêmico, no qual a proteção de bens jurídicos é apenas incidental, sendo a função central do Direito Penal a proteção de suas normas e a pena a sua confirmação. Com base na teoria de sistemas de Nikolas Luhmann, Jakobs propõe um funcionalismo capaz de servir a qualquer ordenamento jurídico, visando sua autoproteção⁹².

Jakobs entende que “o conceito de ação não se busca antes da sociedade, e sim dentro da sociedade”⁹³, opinião bastante diferente do que se buscava no sistema causalista, o qual se pautava pela pureza conceitual.

Conclui esse autor que:

[...] um conceito jurídico-penal de ação deve combinar sociedade e direito penal. Sob pena de degenerar até ficar convertido em um conceito de mera utilidade didática que descreva um escalão inicial do delito, deve conter uma teoria a mais completa possível do comportamento jurídico-penalmente relevante⁹⁴.

Cezar Roberto Bitencourt compara o sistema de Jakobs com o proposto por Roxin:

O normativismo dualista (teleológico-funcional), defendido por Roxin, admite que sua lógica objetiva seja acrescida de uma razão prática, onde os valores protegidos pelo sistema penal estejam limitados por um substrato material fático externo ao próprio sistema (ou seja, o Direito Penal, ao elaborar conceitos jurídico-penais, está sujeito a alguns limites materiais de fora do sistema penal); no entanto, o normativismo monista (funcionalista-sistêmico), sustentado por Jakobs, concretiza-se pela radicalização do critério funcional, de modo que os parâmetros necessários para o desenvolvimento estrutural do sistema penal – e, por conseguinte, da

⁹² SUEIRO, Carlos Christian. *Los paradigmas del derecho penal: sobre la armonia metodológica del derecho penal. La interdisciplinariedad de la Penología, la Criminología, la Dogmática, el Derecho Procesal Penal y la Política Criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011, p. 253-258.

⁹³ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

⁹⁴ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

dogmática – encontram-se no interior do próprio sistema, não se sujeitando a limites externos⁹⁵.

Assim, o funcionalismo teleológico e o sistêmico se diferenciam, ao passo que o primeiro preocupa-se com os fins do Direito Penal, enquanto o segundo se satisfaz com os fins da pena⁹⁶.

No funcionalismo sistêmico, a pena é justificada como reação ante a infração de uma norma e não propriamente pela lesão ao bem jurídico, até porque é a própria norma que dá proteção jurídica ao bem. Cezar Roberto Bitencourt exemplifica:

[...] a provocação da morte não constitui propriamente a lesão do bem jurídico-penal, mas tão só a lesão de um bem. Em sua ótica (de Jakobs), a conduta de matar adquire sentido para o Direito Penal, não porque lesa o bem vida, mas na medida em que representa uma oposição a norma subjacente de homicídio⁹⁷.

Nesse sentido, deve-se buscar o reestabelecimento da vigência perturbada da norma como uma das finalidades do Direito Penal. Sobre o tema, Jakobs pontua:

[...] esse objetivo de reestabelecimento não necessariamente faz parte nem do conceito de responsabilidade, nem do de pena, de maneira que a única diferença que fica entre a responsabilidade pelo destino e a retribuição de um crime é o caráter de defraudação que se articula – em um caso a defraudação pela desgraça da existência e no outro por uma vontade defeituosa. Que em uma sociedade impere um ou outro desses modelos, que dizer, que se requeira ou não a concorrência de uma ação para poder submeter alguém a uma pena, depende do estado de desenvolvimento dessa sociedade, e não de uma pretendida configuração imutável da natureza ou do ser humano⁹⁸.

Assim, muito embora se deva considerar a necessidade de reestabelecimento da norma violada, a punição não depende, apenas, deste aspecto, mas, também, da existência de uma vontade defeituosa, ou seja, da culpabilidade do agente.

Günther Jakobs defende que todos os conceitos do sistema são inseguros, razão pela qual dependem da interpretação, de modo que “não só rejeita a teoria das estruturas

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 ps. 124-125.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 127.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 126.

⁹⁸ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 58.

lógico-reais, mas propõe soluções em sentido contrário, ou seja, a normatização de toda a dogmática⁹⁹, isto é, a eliminação dos conteúdos pré-jurídicos.

Por consequência, Jakobs separa o objeto da culpabilidade, considerado como a imputação objetiva do risco não aprovado, e a própria culpabilidade, que abrange o aspecto volitivo¹⁰⁰.

Como se pode perceber, Jakobs formula seu funcionalismo a partir de alguns aspectos diversos dos considerados por Roxin, valorizando o papel exercido pelas pessoas na sociedade, vindo também a contribuir para a formulação da teoria da imputação objetiva.

3.3.3 O funcionalismo monista de Hassemer

Winfried Hassemer, no final da década de 80, passa a desenvolver a ideia de que o Direito Penal deveria ser aplicado aos crimes que efetivamente afetassem a paz social e os bens jurídicos (crimes de resultado), refutando, assim, os crimes de perigo¹⁰¹.

Hassemer volta-se especialmente para os bens individuais, como a vida, defendendo que se afaste a tutela penal dos bens difusos, como por exemplo o meio ambiente.

Entretanto, ao mesmo tempo que sugere a exclusão da tutela penal no caso de crimes de perigo e cujo bem jurídico não for imediato, propõe maior potencialidade combativa, violando as garantias individuais em nome da prevenção e da segurança do Estado¹⁰².

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 353.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 353.

¹⁰¹ SUEIRO, Carlos Christian. *Los paradigmas del derecho penal: sobre la armonia metodológica del derecho penal. La interdisciplinariedad de la Penología, la Criminología, la Dogmática, el Derecho Procesal Penal y la Política Criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011, p. 262-263.

¹⁰² SUEIRO, Carlos Christian. *Los paradigmas del derecho penal: sobre la armonia metodológica del derecho penal. La interdisciplinariedad de la Penología, la Criminología, la Dogmática, el Derecho Procesal Penal y la Política Criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011, p. 262-263

3.3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

No âmbito dos sistemas funcionalistas, nasce a teoria da imputação objetiva que, segundo Carlos Roberto Bacila, “procura resolver a enorme lacuna gerada pela teoria da causalidade adotada pelo Brasil e pela maioria dos códigos penais de sistema similar ao do Direito brasileiro, que é o romano-germânico”¹⁰³.

Ao discorrer sobre a teoria da imputação objetiva, Fernando Galvão afirma que:

O fundamento da construção teórica da imputação objetiva pode ser identificado no pensamento de Hegel, que já no início do século XIX observara que, em sentido estrito, somente podem viabilizar a imputação os aspectos do evento naturalístico que possam ser reconhecidos como próprios do autor. Isso significa que somente as consequências da conduta do autor, como modificação do mundo exterior, poderão lhe ser imputadas¹⁰⁴.

Günther Jakobs comentou, ao final do século passado, que a discussão que se produziu, sob o nome de imputação objetiva, sobre a relevância jurídica de atos causais, é a prolongação da controvérsia relativa ao conceito de ação. E afirma, ainda, que, “se Welzel tivesse integrado sua teoria da adequação social na teoria da ação, teria superado meio século de evolução”¹⁰⁵.

Assim, na teoria da imputação objetiva, o tipo é limitado, impedindo-se, por conseguinte, que qualquer acontecer causal seja considerado típico. Para Günther Jakobs, “a imputação objetiva do comportamento é imputação vinculada a uma sociedade concretamente considerada”¹⁰⁶, ou seja, depende do contexto social.

Luís Greco avalia assim a teoria da imputação objetiva:

O que essa teoria faz é relegar o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções. Esse tipo objetivo não pode, porém, esgotar-se na mera causação de um resultado – é necessário algo mais para fazer dessa causação uma causação objetivamente típica. Esse algo mais compõe-se, fundamentalmente, de duas ideias: a

¹⁰³ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 43.

¹⁰⁴ GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 27.

¹⁰⁵ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71.

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.

criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado¹⁰⁷.

Portanto, a partir das reflexões originadas no funcionalismo, as principais estruturas da teoria da imputação objetivas foram sendo delimitadas, quais sejam: risco proibido, proibição de regresso, princípio da confiança e comportamento da vítima.

3.3.1 Risco Proibido

Na teoria da imputação objetiva, o desvalor da ação passa a ser composto pela criação de risco juridicamente desaprovado, que se desdobra em dois aspectos: criação de risco e desaprovação jurídica desse risco. Todavia, segundo Luís Greco, antes mesmo de “valoramos se o risco é proibido ou permitido, aprovado ou desaprovado, é preciso saber se ele sequer existe, se ele sequer foi criado”¹⁰⁸.

Por conseguinte, explica esse autor, “uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico”. No entanto, devem ser considerados os conhecimentos especiais que porventura dispuser o autor¹⁰⁹. Carlos Roberto Bacila exemplifica:

Francine sabe que uma bomba explodirá numa lanchonete. Por isso pede para Cecília comprar-lhe uma refeição no horário e local da explosão. Pedir para alguém comprar uma refeição é uma conduta lícita, mas quando se sabe o que Francine sabe, cria-se um risco proibido¹¹⁰.

A distinção entre o risco proibido e o risco permitido, no dizer de Jakobs, é essencial para a determinação do delito, referindo-se o segundo “à permissão daquele risco que necessariamente se encontra vinculado à configuração da sociedade; trata-se, portanto, de uma concreção da adequação social”¹¹¹.

Günther Jakobs pontua, ainda, que:

¹⁰⁷ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

¹⁰⁸ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, ps. 30-31.

¹⁰⁹ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35 e 36.

¹¹⁰ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 25.

¹¹¹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

A vida social não pode organizar-se sem uma permissão de risco; O permitido se rege, principalmente, pela configuração social gerada ao longo do tempo, e não por um cálculo de custos e benefícios que se possa separar anteriormente; O risco permitido exclui o tipo; O caráter contrário à norma de uma colocação abstrata em perigo exclui, em qualquer hipótese, uma permissão de risco; As permissões positivas só vigoram sob condições ideais; O risco permitido só se pode determinar de modo relativo e em conformidade com o papel de quem, em cada caso, pode lícitamente organizar um âmbito vital;¹¹²

Depreende-se dessa transcrição que, dependendo do contexto, as condições podem alterar o limite do risco permitido. Jakobs exemplifica: a mãe que realiza um curativo no filho com um pedaço de tecido realiza um risco permitido, todavia não se pode dizer o mesmo se o curativo fosse realizado por um médico, pois este conhece a necessidade de assepsia¹¹³.

Outrossim, a criação de risco juridicamente relevante deve ser tratada separadamente da diminuição do risco, pois a primeira enseja imputação enquanto a segunda não.

Fernando Galvão explica que o fundamento da teoria da imputação é que apenas seja “objetivamente imputado o resultado típico causado por uma ação humana que tenha produzido situação de risco não autorizado, quando a conduta do agente diminuir o risco já existente de produzir danos ao bem jurídico, não haverá imputação”¹¹⁴.

Por outro lado, explica Galvão, se o agente antecipa o resultado e a sua conduta revela incremento do risco, há a relevância jurídica necessária à autorização da imputação objetiva. Entretanto, “nem toda antecipação do resultado implica desvalor da conduta”¹¹⁵, pois pode não ter carga de valoração negativa.

A intenção do agente *per se*, segundo Luís Greco, não basta para fundamentar o ato ilícito, sendo necessário que a ação seja perigosa, pois a finalidade do Direito Penal é proteger bens jurídicos, de modo que se a conduta é inofensiva, a intervenção penal na liberdade dos cidadãos é inútil¹¹⁶.

¹¹² JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

¹¹³ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

¹¹⁴ GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 117-118.

¹¹⁵ GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 119 e 120.

¹¹⁶ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

O agente que convida alguém para um passeio no bosque esperando que um raio atinja e mate a pessoa¹¹⁷, não pratica um tipo objetivo, já que o convite não cria o risco proibido de matar alguém.

Carlos Roberto Bacila conclui que o mero pensamento negativo não sustenta a valoração da conduta enquanto crime, uma vez que “a esfera de incidência do tipo só pode ocorrer para a criação de risco não permitido, tendo em vista que viver é correr riscos permanentemente”¹¹⁸.

A formulação do critério do risco proibido auxilia a solução de problemas penais, uma vez que desmistifica a questão da causalidade, principalmente na ocorrência de concurso de agentes e causas supervenientes e concomitantes.

3.3.2 Proibição de Regresso

Outro conceito que pode ser usado na imputação objetiva é a teoria da proibição de regresso, que, nas palavras de Günther Jakobs, “pretende reduzir já no tipo objetivo (de autoria) as ampliações que a teoria da equivalência de condições introduziu no tipo objetivo dos delitos de resultado”¹¹⁹.

Damásio Evangelista de Jesus explica que, na teoria da *conditio sine qua non*, o regresso teria caráter absoluto, já que o nexo causal não admitiria interrupção, resolvendo-se a autoria com as teses de ausência de dolo. Por sua vez, na imputação objetiva, o princípio da proibição de regresso é relativo, ou seja, admite exceções, sendo aplicável a hipóteses dolosas e culposas¹²⁰.

Günther Jakobs ressalta que:

Conforme a teoria da proibição de regresso, devem ser renunciados os resultados obtidos com a teoria da equivalência no que diz respeito àquelas condições nas quais para a produção do resultado tenha intermédio a atuação dolosa e culpável de um terceiro. Ditas condições não se encaixam em nenhum tipo de autoria; por conseguinte, em caso de imprudência, sua produção é impune, e, existindo dolo, ficam incluídas pelas ampliações do tipo de autoria: os preceitos relativos à participação¹²¹.

¹¹⁷ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 55.

¹¹⁸ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 57.

¹¹⁹ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 93.

¹²⁰ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48-49.

¹²¹ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94.

O tema da participação não está sedimentado, havendo divergência na doutrina. Carlos Roberto Bacila exemplifica o caso do vendedor que sabe que a chave de fenda será usada em um roubo e mesmo assim realiza a venda. Para Roxin, o vendedor é partícipe do crime de roubo, pois existe um sentido comum com o delito. No entanto, para Jakobs trata-se apenas de um ato do cotidiano¹²².

Outro exemplo é formulado por Damásio E. de Jesus. A esposa de um detento vai à padaria e pede uma *baguete*. Na primeira situação, confia ao padeiro que irá esconder um punhal no pão para que seu marido possa fugir. Na segunda situação, solicita a confecção de uma *baguete* especial para abrigar o punhal, confiando o plano¹²³.

A primeira situação é o mesmo caso do vendedor da chave de fenda. Na segunda hipótese, a resposta é diversa, pois o padeiro extrapolou o mero ato do cotidiano. Somente o conhecimento do propósito criminoso não é capaz de fazer uma conduta da vida cotidiana configurar participação em crime, na vertente de Jakobs, mas, por outro lado, a conduta dirigida (confecção de *baguete* especial) torna-se imputável.

O mesmo poderia se falar do caso do taxista que transporta assaltantes. Em princípio, o ato de transportar é sua função cotidiana, mas a partir do momento que planeja uma rota de fuga, por exemplo, rompe com a conduta que lhe é esperada.

Alguns autores, como Luís Greco, afirmam que a proibição de regresso é um figura confusa na doutrina, a qual encontra dilemas, não sendo estritamente necessária como critério de imputação¹²⁴.

3.3.3 Princípio da Confiança

Günther Jakobs assinala que o princípio da confiança está estreitamente vinculado à problemática da proibição de regresso, podendo ser concebido como um caso especial de risco permitido¹²⁵.

¹²² BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 133.

¹²³ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 51-52.

¹²⁴ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 85.

¹²⁵ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102-103.

Damásio Evangelista de Jesus explica que “parte-se da regra de que todas as pessoas são responsáveis e agem de acordo com as normas da sociedade, no sentido de evitar dano a terceiros”¹²⁶.

Assim, o médico confia na esterilização realizada pela enfermeira, os motoristas confiam que será respeitado o sinal vermelho, em suma, a vida em sociedade seria dificultada “se as pessoas tivessem a obrigação de vigiar o comportamento das outras, no sentido de verificar se estão cumprindo seus deveres na realização de suas atividades”¹²⁷.

André Luís Callegari pontua:

De acordo com este princípio, não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando que os outros se manterão dentro dos limites do perigo permitido. O princípio da confiança significa que, apesar da experiência de que outras pessoas cometem erros, se autoriza a confiar – numa medida ainda por determinar – em seu comportamento correto¹²⁸.

Assim, não se pode falar em crime quando a conduta se encontra de acordo com o direito, ainda que um terceiro tenha descumprido seu dever de cuidado. Uma vez que, não obstante o conhecimento geral de que as pessoas podem cometer erros, não se espera que as pessoas os cometam. Se fosse esperado que as pessoas descumprissem a sinalização de trânsito, por exemplo, todo o tráfego seria inviabilizado.

3.3.4 Comportamento da Vítima

Na teoria da imputação objetiva, o comportamento da vítima ganha destaque, contando com duas facetas: consentimento do ofendido e autocolocação em perigo.

Conforme preceitua a doutrina, o consentimento do sujeito passivo pode funcionar como causa excludente de tipicidade ou como causa supralegal excludente de antijuridicidade¹²⁹.

O consenso exclui a tipicidade nos tipos em que o dissentimento da vítima constitui elementar. Pode ser tomado como exemplo, o tipo de invasão de domicílio (art. 150 do Código Penal), no qual há a descrição de atitude contrária à vontade expressa ou tácita do ofendido¹³⁰.

¹²⁶ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

¹²⁷ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

¹²⁸ CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 29.

¹²⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 235.

¹³⁰ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 54

Já nos demais tipos, em que a falta de consenso não funciona como elementar, a construção doutrinária é no sentido de tomar o consenso como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade. Por exemplo, no tipo dano (art. 163 do Código Penal), se o titular do bem jurídico concorda que este seja danificado, não se configura crime¹³¹.

Ressalta-se que o consentimento só poderá excluir a tipicidade ou a antijuridicidade quando é realizado por ofendido com capacidade para esse ato, sendo, assim, impossível de se falar em consentimento em tipos como o estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal).

O segundo viés do comportamento da vítima é a autocolocação em perigo, que pode ser compreendida como as ações realizadas a próprio risco. A doutrina classifica em cinco as possibilidades de ações a próprio risco¹³²:

1. Participação em fato que expõe a vítima a seu próprio risco (participar de “racha”, por exemplo);
2. Consentimento em ação realizada por terceiro (exigir carona de uma pessoa embriagada, por exemplo);
3. Condutas perigosas de salvamento;
4. Criação de nova relação de risco por parte da vítima ao violar seus deveres de cuidado (por exemplo, vítima que não usava cinto de segurança); e
5. Conduta posterior da vítima que pode ser lesiva a seus próprios bens (não cuidar de uma lesão corporal sofrida).

Assim, a depender da análise do caso concreto, a doutrina conclui que, se a negligência da vítima for exacerbada a ponto de ser a sua conduta, e não a do agente, a criadora do risco proibido, o autor pode responder culposamente ou, nem mesmo, ser imputado penalmente.

O comportamento da vítima, no sentido de se autocolocar em perigo, está fortemente relacionado ao princípio da confiança, considerando que, nem sempre, pode-se exigir a vigilância do comportamento alheio. Evidente que, quando o agente figura na posição de garante, seja por uma questão legal ou contratual, as ações a próprio risco não podem ser invocadas para afastar a imputação.

¹³¹ JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 54

¹³² JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, ps. 58-64.

A autocolocação em perigo, diferentemente do que se possa pensar, não está relacionada com a compensação de culpas, que é vedada no Direito Penal, mas se apresenta como consequência da causalidade pautada pela criação de risco proibido.

O comportamento da vítima, tanto no sentido de consentimento quanto no viés das ações a próprio risco, é uma estrutura em construção na teoria da imputação objetiva, havendo ainda divergência marcantes na doutrina.

3.4 A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA SOLUÇÃO DAS QUESTÕES PENAIAS

A teoria da imputação objetiva e suas principais estruturas – risco proibido, proibição de regresso, princípio da confiança e comportamento da vítima – configuram uma revolução na teoria do delito, unindo as melhores soluções de cada um dos sistemas que se propuseram a definir o crime.

No tocante à causalidade, na ocorrência de causas extravagantes, a solução era pautada pelo dolo na teoria finalista, ou seja, pela análise psíquica. A partir do critério da criação de risco proibido, o juízo de verificação passa a ser objetivo.

Carlos Roberto Bacila ilustra esta questão com o exemplo da vítima ferida pelo agente com dolo de matar, a qual vem a sofrer um acidente de trânsito enquanto era transportada pela ambulância. Para a teoria finalista, o agente responde apenas por homicídio tentado, pois o dolo ocorreu durante os disparos e não durante o acidente. No entanto, para a teoria da imputação objetiva, antes mesmo de se averiguar o dolo, é evidente a ausência de criação de risco proibido, pois quem atira contra outra pessoa não cria o risco de que esta venha a morrer em um acidente de trânsito¹³³.

Outro ponto, desenvolvido pela teoria da imputação objetiva é a finalidade de prevenção geral da norma, a qual não pode aplicar sanções a pessoas em abstrato, devendo considerar um autor concreto com seus conhecimentos específicos.

Assim, os conhecimentos especiais que o agente possui são essenciais para se saber da criação de risco proibido e de dolo. Fazer uma falta em um jogo de futebol, em

¹³³ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 155. 37

princípio, não cria risco proibido, contudo se o autor da falta sabe que o adversário é hemofílico, há risco proibido¹³⁴.

A questão do dolo é melhor resolvida quando se filtram as situações de risco permitido. Carlos Roberto Bacila exemplifica com o já citado caso do agente que convida uma pessoa para um passeio no bosque, esperando que um raio a atinja. Segundo a teoria finalista, não pode haver dolo, pois dolo de homicídio não é mero desejo de morte, mas é a vontade de realizar o tipo. A questão é muito mais simples do ponto de vista da teoria da imputação objetiva: convidar para um passeio no bosque é risco permitido¹³⁵.

No tocante ao princípio da confiança, há de se observar que esse contribui para a fluidez da vida em sociedade, ao passo, que exclui o dever de fiscalizar a conduta alheia. A expressão mais evidente da utilidade do princípio da confiança são os crimes de trânsito, apesar de este princípio não ter sua aplicação limitada ao tráfego.

André Luis Callegari formula o seguinte exemplo: um motorista atravessa o sinal verde sem observar os demais carros. No entanto, outro motorista atravessa o sinal vermelho, colide com o primeiro veículo e vem a falecer. O resultado morte não pode ser imputado ao motorista que observou as normas de trânsito, porque sua conduta está protegida pelo princípio da confiança¹³⁶.

Todavia, Luís Greco lembra que o princípio da confiança não pode ser aplicado quando “há indícios concretos no sentido de que o comportamento antijurídico de terceiro será praticado”¹³⁷. Este autor afirma que não se pode esperar que o motorista pare no sinal vermelho depois das vinte e três horas no Rio de Janeiro.

Carlos Roberto Bacila, analisando as críticas à teoria da imputação objetiva, destaca que uma delas “é a falta de uma sistematização geral do tipo, isto é, ao versar sobre o *risco permitido* e o *risco proibido*, não teria [...] desenvolvido uma ‘teoria geral do tipo’, mas, apenas proposto ‘correção dos tipos’ ”¹³⁸.

Luís Greco afirma: “Como quase qualquer outra teoria em qualquer ciência, há vários aspectos em que a imputação objetiva merece ser corrigida ou ao menos repensada”¹³⁹.

¹³⁴ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 156.

¹³⁵ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, ps. 56-57.

¹³⁶ CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, ps. 29-30.

¹³⁷ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 64.

¹³⁸ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 149.

¹³⁹ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 18.

Todavia, não há dúvida de que a teoria da imputação objetiva possui caráter científico e de teoria geral, tendo utilidade prática, trazendo facilidade para tratar de diversos temas penais¹⁴⁰.

Carlos Roberto Bacila, ao indagar sobre o fim da teoria finalista, chega à conclusão de que:

A sedução da Teoria da Imputação Objetiva e suas vantagens sistemáticas e práticas, foi aos poucos fazendo com que abandonássemos a opção radical por todas as consequências da Teoria Finalista da Ação. Isto não quer dizer que as valiosas contribuições de Hans Welzel e seus seguidores devam ser menosprezadas ou ignoradas; pelo contrário, é necessário refletir sobre o que poderá acontecer nos próximos anos no Direito Penal¹⁴¹.

A teoria da imputação objetiva possibilita, na prática, a abertura para a análise valorativa, proposta por Roxin para que a dogmática dialogue com a política-criminal. Franz Liszt afirmava que o Direito Penal era uma barreira intransponível da política criminal¹⁴², no entanto, com a formulação da teoria da imputação objetiva, começa-se a desconstruir esta barreira.

Assim, por meio das estruturas propostas, quais sejam, risco proibido, proibição de regresso, princípio da confiança e comportamento da vítima, a compreensão da conduta do agente é realizada sob um novo viés, o qual concilia os critérios objetivos e subjetivos, bem como dogmática e política-criminal.

Por fim, resta analisar como os tribunais pátrios vem entendendo e aplicando a teoria da imputação objetiva, objeto do capítulo que segue.

¹⁴⁰ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 150.

¹⁴¹ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 163.

¹⁴² ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, ps. 01-02.

4 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo tratará da aplicação da teoria da imputação objetiva na jurisprudência dos tribunais pátrios, no período compreendido entre os anos de 2000 e 2015. Ele está dividido em três itens, estando o primeiro voltado à descrição dos casos nos quais os tribunais superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, recepcionam a teoria da imputação objetiva e aplicam seus critérios. O segundo item, por sua vez, tratará da recepção, pelos demais tribunais brasileiros, da referida teoria. O terceiro, por fim, tratará das adequações e inadequações na fundamentação das decisões adotadas em face da teoria da imputação objetiva.

4.2 HIPÓTESES DE RECEPÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

As teorias construídas pela doutrina e pela academia são postas em prática – e, por conseguinte à prova – quando aplicadas pelos diversos profissionais do direito para a solução das questões da vida.

Por isso, foram investigados na presente pesquisa e expostos neste capítulo os casos em que o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça abordaram a teoria da imputação objetiva a partir de buscas nos respectivos acervos digitais dos tribunais, utilizando as seguintes expressões chaves: “imputação objetiva”, “risco permitido”, “risco proibido”, “criação de risco”, “princípio da confiança”, “comportamento da vítima”, “Roxin” e “Jakobs”.

A pesquisa se ateve a essas expressões chaves, uma vez que os termos escolhidos remetem aos principais critérios da teoria da imputação objetiva, bem como, porque Roxin e Jakobs são os principais autores do sistema funcionalista, no qual está inserida a teoria.

4.2.1 Pelo Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal (STF), os julgados relacionados à teoria da imputação objetiva são escassos e apenas tangenciam fragmentos do tema, não tendo sido encontrados acórdãos que enfrentaram em plenitude a teoria.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, do Distrito Federal, o mencionado tribunal decidiu no sentido de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se enquadra como aborto, um dos argumentos utilizados para fundamentar a atipicidade da conduta foi a noção de criação de risco. A conclusão de Luiz Flávio Gomes, acolhida pela referida Corte, é no sentido de que, no caso de anencefalia, a interrupção se dá em um contexto de risco permitido, *in verbis*:

Sob qual fundamento torna-se possível concluir se o risco é ou não proibido (ou seja, juridicamente desaprovado)? A base dessa valoração decorre da ponderação (em cada caso concreto) entre o interesse de proteção de um bem jurídico (que tende a proibir todo tipo de conduta perigosa relevante) e o interesse geral de liberdade (que procura assegurar um âmbito de liberdade de ação, sem nenhuma ingerência estatal). No aborto anencefálico parece não haver dúvida que o risco criado (contra o bem jurídico vida do feto) não é desaprovado juridicamente. [...] (*Teoria da Imputação Objetiva e Aborto Anencefálico: atipicidade material do fato*. Revista Jurídica Consulex. Ano IX, 2005, p. 41-44)¹⁴³.

Nesse julgado, o STF reconheceu a validade de um argumento pautado na teoria da imputação objetiva, ainda que não tenha sido a única fundamentação utilizada, mas uma das muitas citações doutrinárias.

Já, no *Habeas Corpus* n. 88.077-1, do Rio Grande do Sul, o STF refutou o argumento de defesa no sentido de que, apenas, duas garrafas de refrigerante impróprias para consumo estariam dentro do risco permitido, caracterizando a insignificância da lesão ao bem jurídico, não configurando, por isso, crime contra as relações de consumo (art. 7, IX, da Lei 8.137/90). A fundamentação da decisão dessa ação impugnativa foi pautada no bem jurídico tutelado, que, indiretamente ou de forma mediata, é a vida e a saúde do consumidor, mas, diretamente ou de forma imediata, é a relação de consumo que pode ser atingida pela colocação de uma ou muitas mercadorias impróprias para o consumo no mercado¹⁴⁴. Apesar da não utilização do termo expresso, o STF pareceu se posicionar pelo reconhecimento de criação de risco proibido no caso em questão.

¹⁴³ STF, ADPF 54/DF, Min. Relator Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 12/04/2013, p. 41.

¹⁴⁴ STF, HC 88.077-1/RS, Min. Relator Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 31/10/2006, p. 05.

Por fim, o último julgado encontrado foi o *Habeas Corpus* n. 96.759, do Ceará, no qual foi enfrentada a questão não consolidada do porte de arma de fogo desmuniçada, ou seja, sem munição. Apesar de a ordem ter sido denegada, com o voto vencido do Ministro Celso Mello, este se posicionou no sentido que “o agente, em referido contexto, não cria nem provoca situação caracterizadora de risco proibido e relevante, o que permite reconhecer que tal comportamento se apresenta desvestido de periculosidade e de ofensividade típica”¹⁴⁵.

Assim, ainda que timidamente, a teoria da imputação objetiva vem chegando às discussões do Supremo Tribunal Federal, sendo arguida pelos próprios ministros nas questões de difícil resolução, como os casos anteriormente citados.

4.2.2 Pelo Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), também foram encontrados poucos casos em que a teoria da imputação objetiva foi tema de discussão, sendo enfrentada em raras situações.

Essa corte, no *Habeas Corpus* n. 46.525, do Mato Grosso, utilizou as noções de criação de risco e do princípio da confiança para embasar o reconhecimento da inépcia da denúncia, a qual buscava a condenação dos membros da comissão de formatura pelo afogamento de um convidado no evento. Segundo o relatório do acórdão, o convidado teria sido jogado na piscina durante a festa, vindo a se afogar em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, o que caracterizaria, segundo os ministros do citado tribunal, “autocolocação em risco, excludente de responsabilidade criminal”¹⁴⁶. No corpo do acórdão, sustentou-se que:

[...] à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa. [...] Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados¹⁴⁷.

¹⁴⁵ STF, HC 96.759/CE, Min. Relator Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento em 28/02/2012, p. 15.

¹⁴⁶ STJ, HC 46525/MT, Min. Relator Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgamento em 21/03/2006, p. 01.

¹⁴⁷ STJ, HC 46525/MT, Min. Relator Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgamento em 21/03/2006, p. 02.⁴²

No caso em questão, o STJ utilizou, expressamente, os critérios da teoria da imputação objetiva, reconhecendo, por conseguinte, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

No *Habeas Corpus* n. 68.871, do Paraná, a discussão se referia à responsabilidade do engenheiro naval que contratou um mergulhador profissional para vistoriar um acidente marítimo, o qual veio a falecer. Ante a denúncia de homicídio culposo, o STJ se posicionou pelo trancamento da ação penal nos seguintes termos:

Diante do quadro delineado, não há falar em negligência na conduta do paciente (engenheiro naval), dado que prestou as informações que entendia pertinentes ao êxito do trabalho do profissional qualificado, alertando-o sobre a sua exposição à substância tóxica, confiando que o contratado executaria a operação de mergulho dentro das regras de segurança exigíveis ao desempenho de sua atividade, que mesmo em situações normais já é extremamente perigosa. [...] Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da teoria da imputação objetiva, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese¹⁴⁸.

Em outras palavras, ainda que tenha havido relação de causalidade, já que um risco foi criado ao se designar o mergulhador para avaliar o acidente, esse risco não pode ser classificado como proibido, uma vez que é inerente a atividade de mergulho.

Por outro lado, na decisão proferida no Recurso Especial n. 822.517, do Distrito Federal, o STJ refutou o argumento de defesa no sentido de que o acidente de trânsito em questão teria ocorrido dentro do âmbito do risco permitido. Segundo se colhe da decisão, “o fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito”¹⁴⁹. Em suma, entendeu-se que a atuação do agente foi de risco proibido, pois teria infringido as normas de trânsito ao dirigir embriagado e acima do limite de velocidade permitido, assim, mesmo que as infrações tenham se dado em horário em que a via estava deserta, há risco proibido em desrespeitar as normas de trânsito por si só.

Assim, em mais de uma decisão, o Superior Tribunal de Justiça acolheu os critérios da teoria da imputação objetiva, utilizando-os para excluir a responsabilidade penal, mas também para fundamentar o nexo de causalidade a partir do conceito de risco proibido.

¹⁴⁸ STJ, HC 68.871/PR, Min. Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgamento em 06/08/2009, p. 01.

¹⁴⁹ STJ, REsp 822517/DF, Min. Relator Gilson Dipp, Quinta Turma, julgamento em 12/06/2007, p. 01.

4.3 HIPÓTESES DE RECEPÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELOS DEMAIS TRIBUNAIS BRASILEIROS

São ainda tímidos, também, os julgados encontrados na jurisprudência dos demais tribunais brasileiros que enfrentam os critérios da teoria da imputação objetiva. Ressalta-se que não foram encontrados quaisquer julgados nos tribunais federais, nos tribunais regionais eleitorais ou nos tribunais de justiça militar.

Já, nos tribunais estaduais, ainda que em julgados esparsos, o tema da imputação objetiva foi objeto de análise. Os casos encontrados nos tribunais estaduais podem ser categorizados utilizando os critérios aplicados da teoria para a sua classificação.

4.3.1 Entendimento dos tribunais estaduais acerca da criação de risco permitido e proibido

A maior parte dos casos encontrados concentra-se na discussão acerca do risco proibido e permitido. A análise da criação ou aumento do risco teve como ambiente o trânsito e como objeto a situação das armas de fogo e munição.

Quanto à aplicação da teoria do risco permitido e proibido no trânsito, decidiu-se no sentido de não bastar a existência de uma relação de causalidade entre a conduta do motorista e o acidente, mas de ser necessária a demonstração da criação de risco por parte do condutor¹⁵⁰, o que pode ser caracterizado, por exemplo, por trafegar na contramão de direção¹⁵¹, carregar pessoas irregularmente na carroceria do caminhão¹⁵², não realizar a manutenção do veículo¹⁵³ ou ultrapassar sinal vermelho¹⁵⁴, isto é, caracteriza-se pela infração ao dever de cuidado.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Criminal n. 70050531847, entendeu que não houve criação de risco pelo condutor que estava em velocidade compatível, seguia as normas de trânsito e veio, em razão de água e falha não

¹⁵⁰ TJES, ACr 044070000144, Des. Relator Willian Silva, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 06/10/2010.

¹⁵¹ TJES, ACr 48040011966, Des. Relator Carlos Henrique Rios do Amaral, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 10/08/2011.

¹⁵² TJSE, ACr 0257/2010, Des. Relator Edson Ulisses De Melo, Câmara Criminal, julgamento em 06/07/2010.

¹⁵³ TJSE, ACr 1554/2012, Des. Relator Luiz Antônio Araújo Mendonça, Câmara Criminal, julgamento em 05/04/2013.

¹⁵⁴ TJRJ, ACr 2223/2006, Des. Relator Paulo Cesar Salomão, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 03/10/2006.

visível na pista, a aquaplanar e a colidir com uma motocicleta, ocorrendo o falecimento do seu condutor¹⁵⁵.

Assim, em reiteradas decisões, observou-se que, se o acusado seguiu as regras de trânsito, ou seja, se ele não violou o dever objetivo de cuidado, não agindo imprudentemente, o fato é considerado atípico.

Segundo a decisão proferida, pelo Tribunal de Justiça do Paraná, na Apelação Criminal n. 613.996-8:

O motorista que cumpre basicamente com as regras de trânsito não pode ser considerado culpado por um acidente, se o fato demonstra que não houve na sua valoração subjetiva o comportamento temerário acima do limite do razoável, agindo apenas dentro do risco permitido¹⁵⁶.

Ressalta-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Criminal n. 0003295-28.2010.8.26.0638, decidiu em sentido contrário, ao considerar que o mero descumprimento da norma de trânsito por si só não é suficiente para caracterizar o risco, a não ser que o seu cumprimento tenha sido capaz de evitar o resultado:

Está bem comprovado que o apelado, dirigindo um GM Astra, colidiu frontalmente com a vítima, que vinha de bicicleta, na contramão de direção. Não há dúvida de que vinha, o apelado, em excesso de velocidade, 78,2km/h; praticamente o dobro da legalmente permitida (40km/h), embora não se possa deixar de registrar que o local (há foto nos autos) é daqueles que não exigem velocidade máxima tão baixa. [...] Pois é claro que a velocidade máxima de 40km/h naquele local não visa a evitar situações como a de um ciclista vindo na contramão de direção¹⁵⁷.

Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Criminal n. 2005.050.03949, interpretou que a ausência de habilitação pelo condutor *per se* gera presunção de imperícia e, por conseguinte, de criação de risco, não havendo de se perquirir se o cumprimento da norma evitaria ou não o acidente¹⁵⁸.

Já sobre a questão das armas de fogo desmuniada, os tribunais estaduais tiveram entendimento em sentidos diversos. A primeira corrente defende que se trata de crime

¹⁵⁵ TJRS, ACr 70050531847, Des. Relator Ivan Leomar Bruxel, Terceira Câmara Criminal, julgamento em 13/12/12.

¹⁵⁶ No mesmo sentido: TJPR, ACr 613.996-8, Des. Relator Luiz Osório Moraes Panza, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 27/05/2010.

¹⁵⁷ TJSP, ACr 0003295-28.2010.8.26.0638, Des. Relator Francisco Bruno, Décima Câmara de Direito Criminal, julgamento em 24/03/2014, ps. 2 e 6.

¹⁵⁸ TJRJ, ACr 2005.050.03949, Des. Relator Hélio de Farias, Sétima Câmara Criminal, julgamento em 20/10/2005.

de perigo abstrato, o que implica reconhecer que o risco é criado pela lesão à norma¹⁵⁹. Já a segunda corrente, com menor número de julgados, sustenta não haver criação de risco se a arma não está apta a produzir seus efeitos, ainda que esteja municiada¹⁶⁰.

Além das questões do trânsito e do armamento, os conceitos de risco proibido e de risco permitido foram utilizados no julgamento de diversos outros tipos penais, entre eles o roubo, o exercício ilegal da medicina, o estupro e a lesão corporal.

Considerou-se não haver risco proibido nos seguintes casos: posse de munição por policial coordenador de curso de tiro¹⁶¹, tiro que causou morte de fugitivo de barreira policial¹⁶², divulgação jornalística de suposta irregularidade envolvendo autoridades públicas¹⁶³, ausência de lançamento de notas fiscais em livro próprio sem potencialidade lesiva de enganar as autoridades fazendárias¹⁶⁴, venda imprópria de pães¹⁶⁵, tentativa de interromper a gravidez com substâncias inócuas¹⁶⁶ e trancamento em gaveta de substância entorpecente na qualidade de diretor de penitenciária¹⁶⁷.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Criminal n. 70052159621, também considerou não haver risco proibido, mas sim diminuição de risco, no seguinte caso:

[...] a menor, desde tenra idade, era prostituída pela própria mãe, que lhe aplicava violência física caso se negasse aos programas sexuais. À beira dos catorze anos fugiu com o réu em busca de uma vida melhor, que acabou por ser por ele proporcionada, longe da mãe aliciadora. Conduta do acusado que, embora não permitida, enquanto passando a conviver *more uxório* com a adolescente, foi de encontro à violência maior que sofria a ofendida ao longo dos últimos anos¹⁶⁸.

¹⁵⁹ TJMG ACr 1.0518.12.004090-3/001, TJSP ACr 0000035-80.2012 e TJPR ACr 714.939-9.

¹⁶⁰ TJMS ACr 0060551-84.2010.8.12.0001 e TJSP ACr 0004504-14

¹⁶¹ TJAL, HC 2010.006302-7, Des. Relator Orlando Monteiro Cavalcanti Manso, Câmara Criminal, julgamento em 23/03/2011.

¹⁶² TJAL HC n.º 0001998-82.2012 e RESE n.º 0501435-02.2010.

¹⁶³ TJMG, ACr 2.0000.00.311340-2/000, Des. Relator Erony da Silva, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 12/12/2000.

¹⁶⁴ TJPR, ACr 683.760-9, Des. Relator João Kopytowski, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 21/10/2010.

¹⁶⁵ TJSP, ACr 993.08.03259404, Des. Relator Borges Pereira, Décima Sexta Câmara de Direito Criminal, julgamento em 23/07/2009.

¹⁶⁶ TJRJ, ACr 0009649-69.2009.8.19.0001, Des. Relator Carlos Eduardo Roboredo, Terceira Câmara Criminal, julgamento em 19/11/2013.

¹⁶⁷ TJPA, HC 200530020855, Des. Relator Joao Jose Da Silva Maroja, Câmaras Criminais Reunidas, julgamento em 09/06/2005.

¹⁶⁸ TJRS, ACr 70052159621, Des. Relatora Laura Louzada Jaccottet, Sétima Câmara Criminal, julgamento em 20/06/2013, p. 01.

Assim, considerou-se que inexistia tipicidade normativa, ou seja, a ação do réu não foi contrária ao objetivo de proteção da norma, já que, segundo a citada corte, ele minimizou o sofrimento da adolescente.

Já, na Apelação Criminal n. 200010610034928, no Distrito Federal, a alegação da defesa no sentido de que o parcelamento do solo realizado para assegurar projeto ambiental em outra área acarretaria a diminuição de risco foi rechaçada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sob o argumento que houve lesão ao meio ambiente¹⁶⁹.

Em outra apelação criminal apreciada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de nº 2000011075740, essa corte decidiu que emprestar motocicleta, utilizada em latrocínio, sem conhecer a intenção do agente, configura risco proibido, no entanto, o proprietário da moto deve responder, apenas, pelo roubo, já que não teria assumido o risco pelo resultado morte¹⁷⁰.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo, na Apelação Criminal n. 0004631-78.2012.8.08.0030, considerou que o autor do roubo criou o risco do acidente automobilístico ao manter a faca voltada para as costelas da vítima, a qual, em virtude das ameaças sofridas, perdeu o controle e veio a colidir contra outro veículo, ocasionando a morte de duas pessoas¹⁷¹.

Na Apelação Criminal nº 2014.001319-6, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que o pedido de entrega de droga no presídio configura risco proibido, não se podendo responsabilizar unicamente o Estado, como objetivava a defesa¹⁷².

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Criminal 0004759-08.2009, enquadrrou como risco proibido a conduta de informar sobre valores guardados na residência das vítimas de roubo, condenando o informante na qualidade de partícipe¹⁷³.

O Tribunal de Justiça de Rondônia, na Apelação Criminal n. 100.006.2006.000072-0, posicionou-se no sentido de haver risco proibido quando a medicina

¹⁶⁹ TJDF, ACr 20010610034928, Des. Relator Getúlio Pinheiro, Segunda Turma Criminal, julgamento em 11/04/2008.

¹⁷⁰ TJDF, ACr 2000011075740-0, Des. Relator Getúlio Pinheiro, Segunda Turma Criminal, julgamento em 25/03/2004.

¹⁷¹ TJES, ACr 0004631-78.2012.8.08.0030, Des. Relator Sérgio Luiz Teixeira Gama, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 10/07/2013.

¹⁷² TJSC, ACr 2014.001319-6, Des. Relator Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 01/04/2014.

¹⁷³ TJSP, ACr 0004759-08.2009.8.26.0320, Des. Relator Camilo Léllis, Oitava Câmara Criminal, julgamento em 08/05/2014.

é exercida por médico formado em instituição situada no exterior, sem ter ocorrido a validação do diploma em território nacional¹⁷⁴.

Assim, as noções de criação de risco permitido e de risco proibido vêm ganhando importância nas decisões dos tribunais brasileiros, muito embora estes, ainda, não tenham padronizado os seus entendimentos, podendo ser observadas decisões discrepantes.

4.3.2 Entendimento dos tribunais estaduais acerca do comportamento da vítima

O comportamento da vítima ou a autocolocação em perigo é, entre os critérios da teoria da imputação objetiva, o menos aperfeiçoado, razão pela qual precisa, ainda, ser desenvolvido pela doutrina. Não obstante as imprecisões que rondam esse tema, a discussão já alcançou os tribunais estaduais.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, provocado pela defesa, enfrentou essa questão numa situação de roubo, vindo a decidir, na Apelação Criminal n. 20110210001578, que “o fato de a vítima caminhar por lugar ermo não afasta relação de causalidade entre a conduta dos corréus e o roubo”¹⁷⁵. Em casos semelhantes envolvendo também crimes patrimoniais, os Tribunais de Justiça de Minas Gerais¹⁷⁶ e do Paraná¹⁷⁷ decidiram no mesmo sentido que o TJDF.

Na Apelação Criminal n. 1.0223.06.194770-9/001, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais não acolheu a tese da defesa no sentido de que as vítimas do acidente automobilístico estariam expondo a próprio risco quando aceitaram se deslocar com o réu mesmo sabendo que este havia ingerido bebida alcoólica. A fundamentação foi pautada no argumento de que as vítimas não teriam consentido com a situação de risco, confiando na direção cuidadosa do réu¹⁷⁸.

¹⁷⁴ TJRO, ACr 100.006.2006.000072-0, Des. Relatora Ivanira Feitosa Borges, Câmara Criminal, julgamento em 07/08/2008.

¹⁷⁵ TJDF, ACr 20110210001578, Des. Relator George Lopes Leite, Primeira Turma Criminal, julgamento em 15/09/2011, p. 01.

¹⁷⁶ TJMG, ACr 1.0702.04.130055-0/001, Des. Relator Vieira de Brito, Quinta Câmara Criminal, julgamento em 29/04/2008.

¹⁷⁷ TJPR, ACr 789.331-4, Des. Relator Luiz Cezar Nicolau, Quarta Câmara Criminal, julgamento em 09/02/2011.

¹⁷⁸ TJMG, ACr 1.0223.06.194770-9/001, Des. Relator Alexandre Victor de Carvalho, Quinta Câmara Criminal, julgamento em 18/11/2008.

Já, na Apelação Criminal n. 1.0223.98.018797-3/001, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu a ocorrência de autocolocação em risco no caso de recebimento de duplicata simulada por quem conhecia a impropriedade do título:

Não se pode falar em fraude mediante duplicata simulada se o título é emitido para ser entregue a quem sabe de sua impropriedade jurídica que não serve para o fim proposto, ou seja, caução de dívidas. A doutrina brasileira tem se inclinado para a adoção da tese de que a participação em uma autocolocação em risco, *in casu*, ao próprio patrimônio da ofendida não induz à caracterização de crime, razão pela qual, por tal motivo, deve ser mantida a absolvição¹⁷⁹.

Também foi considerado o comportamento da vítima na Apelação Criminal n. 2.0000.00.364972-1/000, na qual o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela absolvição com base no seguinte argumento:

Estando o agente transportando pessoas na carroceria do caminhão, com a permissão da Justiça Eleitoral, no qual foram instalados bancos para que os eleitores viajassem assentados, tendo a vítima com o veículo em movimento se levantado para fazer "xixi" na traseira do caminhão, vindo a perder o equilíbrio e cair e a falecer em razão da queda, o comportamento desta é que determinou a ocorrência do resultado lesivo, já que espontaneamente favoreceu o incremento da situação de risco, com a qual o condutor do caminhão em nada contribuiu¹⁸⁰.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, na Apelação Criminal n. 0068481-56.2010.8.12.0001, decidiu pela absolvição, fundamentando a decisão no comportamento da vítima, a qual teria criado o risco ao entrar na pista de rolamento fora da faixa de pedestres e sem se ater a sinalização do semáforo¹⁸¹.

Em situação bastante semelhante, na Apelação Criminal n. 0118/2004, o Tribunal de Justiça do Sergipe decidiu no mesmo sentido¹⁸², uma vez que a vítima em questão atravessava correndo avenida movimentada fora da faixa de segurança.

Cabe ressaltar que, em ambos os casos, os condutores haviam cometido infrações de trânsito, pois, no caso do Mato Grosso do Sul, o condutor trafegava acima da velocidade permitida e, no caso de Sergipe, o condutor falava ao celular. Todavia os tribunais

¹⁷⁹ TJMG, ACr 1.0223.98.018797-3/001, Des. Relator Alexandre Victor de Carvalho, Quinta Câmara Criminal, julgamento em 19/02/2008, p. 01.

¹⁸⁰ TJMG, ACr 2.0000.00.364972-1/000, Des. Relator Antônio Armando dos Anjos, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 06/08/2002, p. 01.

¹⁸¹ TJMS, ACr. 068481-56.2010.8.12.0001, Des. Relator Luiz Gonzaga Mendes Marques, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 02/09/2013.

¹⁸² TJSE, ACr 0118/2004, Des. Relatora Célia Pinheiro Silva Menezes, Câmara Criminal, julgamento em 21/09/2010.

decidiram que a mera infração administrativa não implica necessariamente responsabilidade penal.

Observa-se que o comportamento da vítima é um importante argumento de defesa, possuindo ainda mais expressividade nos casos de acidentes de trânsito.

4.3.3 Entendimento dos tribunais estaduais acerca do princípio da confiança

Outro critério da teoria da imputação objetiva analisado e aplicado pelos tribunais para a solução de situações práticas foi o princípio da confiança.

O Tribunal de Justiça do Maranhão, na Apelação Criminal n. 22669-2006, reformou a sentença que havia condenado um médico por homicídio culposo, por entender que, na relação médico e enfermeiro, incide o princípio da confiança¹⁸³. Nesse caso, a enfermeira ministrou remédio diverso do receitado pelo médico. Ante o agravamento da situação do paciente e da ausência do primeiro médico que realizou o atendimento inicial, o réu, segundo médico a atender o paciente, foi consultado sobre o procedimento a ser tomado, vindo a prescrever que se continuassem as aplicações da substância anteriormente prescrita, mas de forma lenta. Em seguida, por ser a substância ministrada diferente daquela que foi receitada, o paciente veio a óbito. Em primeiro grau, o réu médico foi condenado por homicídio culposo, sob o argumento de que havia sido negligente, uma vez que não conferiu o medicamento aplicado. O tribunal decidiu em sentido contrário, sob o fundamento de que o médico agiu em conformidade com seu dever e que a sua atividade exige a confiança em relação a outros profissionais, no caso em questão a enfermeira.

Na Apelação Criminal n. 1.0024.03.044331-1/001, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais absolveu-se o condutor que atropelou um pedestre que realizava travessia em local proibido. O primeiro argumento utilizado para a não responsabilização foi a autocolocação em risco citada no item anterior. No entanto, também se fundamentou a decisão no princípio da confiança, pois os condutores e os pedestres podem e devem esperar que todos respeitem a sinalização¹⁸⁴.

¹⁸³ TJMA, ACr 22669-2006, Des. Relator Antônio Fernando Bayma Araujo, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 15/05/2007.

¹⁸⁴ TJMG, ACr 1.0024.03.044331-1/001, Des. Relator Alexandre Victor de Carvalho, Quinta Câmara Criminal, julgamento em 16/11/2010.

O Tribunal de Justiça da Paraíba, na Apelação Criminal n. 0532007.000188-7/001, reformou a decisão de primeiro grau que havia condenado o réu por homicídio culposo, uma vez que este participava de uma pescaria com outras três pessoas, as quais vieram a se afogar¹⁸⁵. A fundamentação da absolvição foi no sentido de que o acusado não ocupava a posição de garante e, ainda, que, com base no princípio da confiança, era de se esperar que participantes de uma pescaria, realizada em uma canoa, soubessem nadar.

Assim, no três casos em que o princípio da confiança foi analisado e aplicado pelos tribunais estaduais, reconheceu-se a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e, por consequência, foi excluída a responsabilidade criminal dos acusados.

4.3.4 Julgados que rejeitaram a aplicação da teoria da imputação objetiva

Por fim, em certos julgados pontuais, os tribunais brasileiros decidiram que a teoria da imputação objetiva não se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro, por lhe ser incompatível.

Em uma decisão isolada, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se negou a aplicar os critérios da teoria da imputação objetiva sob alegação de que geraria impunidade¹⁸⁶.

Os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo possuem acórdãos que preconizam que o sistema criminal brasileiro adotou a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*¹⁸⁷.

Por fim, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Criminal n. 0001739-09.2010, deliberou que a teoria da imputação objetiva não é reconhecida pela doutrina e jurisprudência brasileiras¹⁸⁸.

¹⁸⁵ TJPB, ACr 0532007.000188-7/01, Des. Relator Arnóbio Alves Teodósio, Câmara Criminal, julgamento em 23/11/2008.

¹⁸⁶ TJMG, ACr 1.0002.06.009052-5/001, Des. Relator Sérgio Resende, Terceira Câmara Criminal, julgamento em 06/11/2007.

¹⁸⁷ TJRS, ACr 70009953985, Des. Relator Marco Aurélio De Oliveira Canosa, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 30/11/2006 e TJSP, ACr 0760900-45.2008.8.26.0577, Des. Relator Marco de Lorenzi, julgamento em 22/08/2013.

¹⁸⁸ TJSP, ACr 0001739-09.2010.8.26.0050, Des. Relator Guilherme de Souza Nucci, Primeira Câmara Criminal Extraordinária, julgamento em 21/07/2014.

4.4 ADEQUAÇÕES E INADEQUAÇÕES DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS EM RELAÇÃO À TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

4.4.1 Inadequações das decisões dos tribunais em relação à teoria da imputação objetiva

Se a doutrina caminha no sentido da aceitação da teoria da imputação objetiva, a jurisprudência nacional, ao contrário, transparece adotar ainda o finalismo como paradigma na maioria de seus julgados.

Nos poucos casos em que a teoria da imputação objetiva é suscitada e analisada nas decisões dos tribunais brasileiros, nem sempre sua aplicação está em conformidade com a doutrina e seus critérios e, em alguns casos, a fundamentação é equivocada.

Na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF, ao acolher o entendimento de Luis Flávio Gomes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a interrupção da gravidez de anencéfalo estaria no âmbito do risco permitido. Contudo, este argumento não é coerente com as demais fundamentações do acórdão que vão no sentido de impossibilidade de vida.

A fundamentação coerente seria a de não criação de risco, ao passo que o anencéfalo “não tem condições de crescer e se desenvolver fora do útero materno”¹⁸⁹, conforme o entendimento do STF. Ou seja, não é necessário enfrentar a questão sobre o risco ser proibido ou permitido, pois não pode haver risco na interrupção perante uma impossibilidade de vida.

Quanto à análise da criação e do aumento de risco proibido nos tribunais de justiça dos estados, constatou-se que algumas fundamentações não foram coerentes com a totalidade da teoria da imputação objetiva.

Na Apelação Criminal n. 0003295-28.2010/SP, a decisão que considerou trafegar no dobro da velocidade permitida insuficiente para caracterizar a criação de risco proibido pelo condutor, pareceu desconsiderar totalmente o princípio da confiança, pois, se o ciclista esperasse que os motoristas fossem imprudentes no tocante à velocidade (que era de 40km/h no local do acidente), provavelmente não se arriscaria a fazer a travessia naquela localidade.

¹⁸⁹ STF, ADPF 54/DF, Min. Relator Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 12/04/2013, p. 41.

Já, na Apelação Criminal n. 200010610034928/DF, a alegação de diminuição de risco foi rechaçada por ter havido lesão ao bem jurídico tutelado, no caso o meio ambiente. No entanto, a fundamentação não foi completa ao se pautar apenas na existência de dano, pois, mesmo havendo lesão, se esta tiver sido minimizada, deve ser reconhecido que a ação diminuiu o risco proibido.

Quanto ao comportamento da vítima ou a autocolocação em perigo, assim como na doutrina, na jurisprudência, a questão é bastante delicada. Nos julgados analisados, considerou-se que o pedestre que atravessa em local proibido se autocolocou em risco, mas o ato de pegar carona com motorista embriagado, sabendo da embriaguez, não foi enquadrado como ação a próprio risco.

O critério que parece ser decisivo para os tribunais é a questão do consentimento com a situação de risco. O pedestre que arrisca travessia sabe ou deveria saber do risco e mesmo assim segue sua ação. De certa forma, situação semelhante ocorre com quem tem conhecimento da embriaguez e consente em se submeter a condução, ainda que não espere o resultado, aceita a situação de risco.

Em relação aos julgados que não acolheram a aplicação da teoria da imputação objetiva, o argumento que sua aplicação geraria impunidade não prospera, pois seus critérios, também, podem ser usados para confirmar a responsabilidade criminal, por exemplo se o agente criou um risco proibido.

Do mesmo modo, a alegação de que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da equivalência de condições ou dos antecedentes não se sustenta, uma vez que a legislação vem adotando critérios do sistema funcionalista, muito embora o paradigma ainda seja finalista. Assim, pelo menos desde 1940, o sistema da *conditio sine qua non* foi afastado, servindo, atualmente, apenas, como ponto de partida.

Por último, o Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou que não se pode aplicar a teoria da imputação objetiva porque esta não é reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Além de todo o acervo acadêmico sobre o tema, o referido tribunal possui expressivos julgados aplicando a teoria. Por conseguinte, a alegação de desconhecimento não pode prosperar como argumento para evitar sua aplicação.

4.4.2 Adequações das decisões dos tribunais em relação à teoria da imputação objetiva

Apesar dos problemas de fundamentação identificados, existentes devido à novidade da teoria da imputação objetiva e suas ainda iniciante discussão na academia, foram encontradas decisões nas quais se aplicaram os critérios em conformidade com a doutrina e cujos resultados foram coerentes com o sistema proposto.

No *Habeas Corpus* n. 46525/MT, a decisão do STJ no sentido de trancamento da ação penal foi acertada. No entanto, o argumento de que a autocolocação em risco exclui a responsabilidade penal deve ser entendido com reservas, uma vez que, conforme anteriormente explanado, o comportamento da vítima é um conceito da teoria da imputação objetiva que precisa ser melhor delimitado, ainda mais considerando as situações de garante.

Quanto ao princípio da confiança aplicado no referido acórdão, não se citou na decisão qual substância que causou o afogamento havia sido utilizada. Se a substância em questão foi álcool, seria possível questionar se ingerir demasiadamente bebida alcoólica em uma formatura é realmente afastado dos padrões esperados, isto é, imprevisível ou dentro da conduta social esperada (princípio da confiança).

Não obstante a dúvida que paira, de toda forma o principal argumento utilizado, no sentido de ser inviável exigir da comissão de formatura rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os convidados, foi utilizado com adequação.

O STJ, no *Habeas Corpus* n. 68.871, do Paraná, mais uma vez decidiu em conformidade com a doutrina ao afastar a responsabilidade penal de quem contratou o mergulhador, já que, como entendeu o STJ, se trata de atividade perigosa por sua natureza, sendo, portanto, situação de risco permitido.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo, na Apelação Criminal n. 0004631-78.2012.8.08.0030, considerou corretamente que o autor do roubo criou o risco do acidente automobilístico ao manter a faca voltada para as costelas da vítima, uma vez que a ameaça de lesão encontra-se no âmbito do risco proibido, havendo relação direta com o resultado.

Na Apelação Criminal nº 2014.001319-6, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu em conformidade com a doutrina que o pedido de entrega de droga no presídio configura risco proibido, pois não se trata de um risco tolerável, não sendo possível responsabilizar o Estado.

Já no tocante ao princípio da confiança, foi o critério aplicado pelos tribunais com melhor fundamentação. Os três julgados encontrados e supracitados possuem linha de raciocínio coesa e estão de acordo com a teoria.

De um modo geral, os critérios da teoria da imputação objetiva estão alcançando cada vez mais as discussões nos tribunais brasileiros, sendo arguídos principalmente pela defesa, mas também sendo suscitados na fundamentação pelos próprios magistrados.

A aplicação da teoria da imputação objetiva destaca-se, entre outros, nos casos em que a questão da causalidade apresenta-se de forma mais complexa, como nos crimes culposos, nos quais as questões relacionadas ao trânsito são as de maior número, nos crimes omissivos e no concurso de agentes, em que se tem um leque maior de condutas antecedentes que concorrem para o resultado.

Da mesma forma, nos crimes culposos, a noção de risco, o princípio da confiança e o comportamento da vítima são critérios decisivos para a análise da relação de causalidade e, por conseguinte, da responsabilidade criminal.

Percebe-se que ainda há muito para ser aperfeiçoado no tocante à fundamentação utilizada pelos tribunais. Humberto de Souza Santos, ao analisar a jurisprudência nacional relacionada à coautoria culposa e à imputação objetiva, constatou nos julgados que “faltou em todos uma clara fundamentação lógico-teórica” e destacou a “necessidade de uma boa teoria, cuja função é fornecer os fundamentos racionais para aquilo que os bons juízes apenas intuitivamente acertam”¹⁹⁰.

Considerando que, apenas recentemente, precisamente na última década, os tribunais começaram a enfrentar as questões da teoria da imputação objetiva, espera-se que, tendo em vista o maior número de precedentes e a disseminação do tema pela doutrina, a fundamentação das decisões seja cada vez mais técnica e coesa, contribuindo para a perfectibilização de um sistema coerente de responsabilidade criminal.

Ainda que em alguns julgados a fundamentação não tenha sido precisa, com raríssimas exceções, os tribunais vêm demonstrando a compatibilidade da teoria da imputação objetiva com o sistema jurídico-penal brasileiro e sua utilidade na solução das questões penais. Em outras palavras, os profissionais do direito vêm colocando à prova aquilo que a doutrina desenvolveu.

Por fim, a formulação da teoria da imputação objetiva vem cumprindo, ainda que timidamente, o papel para o qual foi pensada, qual seja o de aperfeiçoar e sofisticar a

¹⁹⁰ SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2004, p. 184-185.

análise da responsabilidade criminal, buscando solucionar as questões de Direito Penal mais complexas.

5 CONCLUSÃO

O trabalho realizado, por meio da pesquisa doutrinária, descreveu os principais sistemas que se propuseram a delimitar o delito – causalismo, finalismo e funcionalismo – e suas teorias: *conditio sine qua non*, causalidade adequada e imputação objetiva.

A partir da análise dessas teorias no ordenamento jurídico brasileiro, foi possível destacar em quais situações a respectiva resposta penal dada pela teoria não foi suficiente. Assim, destacou-se a teoria da imputação objetiva como ferramenta para solucionar as questões penais mais complexas.

Em seguida, foi analisada a aplicação dos critérios da imputação objetiva pelos tribunais brasileiros, avaliando-se as adequações e inadequações das fundamentações utilizadas nas decisões proferidas.

A pesquisa desenvolvida possibilitou, como resultado, as seguintes conclusões acerca da aplicação prática das teorias e do entendimento doutrinário e jurisprudencial.

No que diz respeito às teorias causalistas, é possível concluir que:

a) essas teorias contribuíram para a conceituação dos critérios e para toda a teoria do delito. Como seu grande marco para o desenvolvimento da teoria penal, tem-se a tripartição do delito, por meio da formulação dos conceitos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, ainda que esses conceitos sofram alterações em seus conteúdos conforme o sistema adotado;

b) não obstante todo o aporte teórico fornecido pelo causalismo, nem sempre as suas teorias respondem os problemas penais. Isso ocorre porque não explicam bem o concurso de agentes e não justificam a punição da tentativa a maior do que os meros atos já realizados, além das questões de causalidade;

c) especificamente em relação à teoria da *conditio sine qua non*, alocada no causalismo naturalista, apesar de ser um marco na história do Direito Penal e servir como base para as demais teorias, essa teoria não limita o regresso dos antecedentes, razão pela qual a causalidade se torna demasiadamente aberta, além de não explicar de forma adequada os crimes omissivos;

d) já a teoria da causalidade adequada, desenvolvida no causalismo valorativo, é capaz de responder a um número maior de questões penais, no entanto não abrange satisfatoriamente os casos em que o ramo dos antecedentes se torna mais complexo, uma vez que a análise da adequação se torna demasiadamente subjetiva, assim como, por se basear na *conditio sine qua non*, não supera os casos de causalidade alternativa;

e) analisando as disposições contidas no Código Penal, percebem-se vestígios do sistema causalista, principalmente em relação à redação do *caput* do artigo 13, contudo, o causalismo se afasta da ideia geral adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro; e

f) pode se concluir que, não obstante as imperfeições do causalismo para solucionar as questões práticas, sua formulação contribuiu para o desenvolvimento do Direito Penal, uma vez que estruturou critérios e conceitos importantes para a teoria do delito.

Em relação ao finalismo:

a) é o sistema que predomina no Direito Penal brasileiro, já que, conforme se depreende do trabalho realizado, coincide com a sistemática adotada pela legislação e responde com coerência a grande maioria das questões penais;

b) contribuiu decisivamente para a concepção da ideia de desvalor da ação e para melhorar delimitação da culpabilidade, firmando os conceitos referentes aos pressupostos da responsabilidade penal;

c) analisando a jurisprudência nacional, conclui-se que o finalismo predomina nos julgados, resolvendo com coerência sistemática a maioria das questões penais. Todavia, não responde, com objetividade, as questões mais complexas de causalidade, pois valoriza demasiadamente a vontade, não elucidando que a responsabilidade deve ser pautada pela capacidade em realizar o pensamento volitivo e não pelo simples querer;

d) é fortemente adstrito ao querer do agente, no entanto, na prática, torna-se delicada a identificação do elemento volitivo, pois a análise da vontade é subjetiva;

e) quanto à teoria social da ação, apresentada como uma variação no finalismo, apesar de sua importante influência para a não tipificação de atos de autolesão, acaba tendo sua aplicabilidade restrita, uma vez que conta como uma grande abertura para decisões valorativas, gerando certa insegurança jurídica; e

f) é ainda o paradigma adotado no Brasil, todavia, conforme se apurou na pesquisa, sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e sua instrumentalidade para resolver a grande maioria das situações penais não excluem a possibilidade de utilização da teoria da imputação objetiva, principalmente nos casos em que a causalidade apresenta-se de forma mais complexa.

No que diz respeito ao funcionalismo e à imputação objetiva:

a) foram construídos a partir da consideração das lacunas deixadas pelos sistemas anteriores, os quais nem sempre resolvem coerentemente as questões ou, pelo menos, não as resolvem da forma mais adequada;

b) o funcionalismo valoriza a discussão relacionado aos fins do Direito Penal e da pena. Principalmente no funcionalismo teleológico, abre-se espaço para o diálogo entre a política criminal e Direito Penal, possibilitando que este último atue como instrumento de efetivação da política criminal;

c) os critérios desenvolvidos na teoria da imputação objetiva, proposta no âmbito do funcionalismo, buscam precisamente simplificar e objetivar a análise da responsabilidade penal, por meio do exame da causalidade pautado na ideia de risco, da proibição de regresso, da análise do comportamento da vítima e considerando o princípio da confiança;

d) nos casos em que a causalidade apresenta-se de forma mais complexa - como nos crimes culposos, nos crimes omissivos e no concurso de agentes, em suma quando há um leque maior de condutas antecedentes que concorrem para o resultado -, a resposta formulada no funcionalismo é mais precisa, pois as perguntas formuladas são mais fechadas: houve criação de risco? Se sim, o risco foi proibido?

e) assim, a teoria da imputação objetiva se propõe como solução para as questões penais mais elaboradas e também para as mais simples, resolvendo ambas de forma objetiva;

f) devido a sua novidade e ao finalismo - o qual se presta a resolver quase a totalidade das questões penais, ainda que por um caminho sinuoso -, a teoria da imputação objetiva é ainda pouco estudada pelos operadores do direito e pesquisadores em nosso país;

g) não obstante a novidade do tema no Brasil, a teoria da imputação objetiva apresenta-se como uma profícua ferramenta para solucionar as questões penais de forma simples, precisa e coerente;

h) a discussão sobre a teoria da imputação objetiva começou a alcançar os tribunais brasileiros no ano de 2000. Nos últimos 15 anos, cada vez, mais casos vêm aparecendo nos julgados pátrios;

i) ao se analisar as razões de decidir dos acórdãos sobre o tema, observa-se que, na maioria das vezes, a fundamentação teórica precisa ainda ser desenvolvida;

j) até mesmo nos casos em que o resultado final foi coerente com a teoria proposta pelos doutrinadores de Direito Penal, a fundamentação não foi sólida, tendo o resultado sido pautado em muitos casos pela intuição dos magistrados;

l) acredita-se que a pesquisa acadêmica e a divulgação da teoria da imputação objetiva irão contribuir para o aperfeiçoamento de sua aplicação e, conseqüentemente para a formulação de decisões mais coesas;

m) mesmo que as fundamentações não tenham sido sempre precisas, a pesquisa jurisprudencial revelou que os tribunais vêm demonstrando, com raríssimas decisões em sentido contrário, a compatibilidade da teoria da imputação objetiva com o sistema jurídico-penal brasileiro e sua utilidade na solução das questões penais; e

n) assim, a teoria da imputação objetiva vem cumprindo, ainda que timidamente, o papel para o qual foi criada, qual seja, o de aperfeiçoar e sofisticar a análise da responsabilidade criminal, isto é, além de solucionar as questões penais, essa teoria busca em última instância transformar a realidade, por meio de respostas justas às condutas da vida.

6 REFERÊNCIAS

- BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BELLING, Ernst von, *A Ação Punível e a Pena*. Tradução de Maria Carbajal. São Paulo: Ridel, 2007.
- BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. Curitiba: Juruá, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, ed. 21, São Paulo: Saraiva, 2015.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto;
- DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. Ed. 8ª. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo: causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*. México: Editorial Porrúa, 2007.
- GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010
- HASSE, D. Z. Tipificação penal: *teoria finalista e teoria social no direito brasileiro*. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, p. 169-191, jul./ dez. 2010.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*. Madrid: Marcial Pons; Ediciones jurídicas, 1995.
- JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. Metodologia científica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

LISZT, Franz von. *A teoria finalista no Direito Penal*. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2005.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. T. 1.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. T. 2.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: IBdeF, 2007.

MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal: libro de estudio. Parte general*. Traducción da 6ª edição alemã para o espanhol de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: El Foro, 1957. T. I.

MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal: libro de estudio. Parte especial*. Traducción da 6ª edição alemã para o espanhol de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: El Foro, 1957. T. II.

MEZZAROBA, Orides, Manual de Metodologia da Pesquisa em Direito, ed. Saraiva, 2009.

MUSOTTO, Giovanni. *Diritto Penale: Parte Generale*. Palermo: Editora Palumbo, 1981

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal Parte Geral v. I*. Ed. 8ª. Salvador: JusPodivm, 2012

RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de F, 2011.

ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução para o espanhol de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Réus, 1981.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 2. Ed. Lisboa: Veja, 1993.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Textos de apoio de direito penal*. Tradução de Teresa Pizarro Beleza. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito Lisboa, 1999.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal e el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Tradução da sétima edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons; Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. *La teoría del delito em la discusión actual*. Lima: Grijley, 2007.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDERMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manoel, 2003.

SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2004.

SUEIRO, Carlos Christian. *Los paradigmas del derecho penal: sobre la armonía metodológica del derecho penal. La interdisciplinariedad de la Penología, la Criminología, la Dogmática, el Derecho Procesal Penal y la Política Criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: parte general*. 11. Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2004.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação* 63

finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral – Aspectos fundamentais*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

7.1 Jurisprudências Consultadas

Supremo Tribunal Federal

STF, ADPF 54/DF, Min. Relator Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 12/04/2013.

STF, HC 88.077-1/RS, Min. Relator Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 31/10/2006.

STF, HC 96.759/CE, Min. Relator Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento em 28/02/2012.

Superior Tribunal de Justiça

STJ, HC 46525/MT, Min. Relator Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgamento em 21/03/2006.

STJ, HC 68.871/PR, Min. Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgamento em 06/08/2009.

STJ, REsp 822517/DF, Min. Relator Gilson Dipp, Quinta Turma, julgamento em 12/06/2007.

Tribunais Estaduais

TJAC, HC 0001998-82.2012.8.01.0000, Des. Relator Francisco Djalma, Câmara Criminal, julgamento em 13/11/2012.

TJAC, RESE 0501435-02.2010.8.01.0000, Des. Relator Francisco Djalma, Câmara Criminal, julgamento em 04/04/2014.

TJAL, HC 2010.006302-7, Des. Relator Orlando Monteiro Cavalcanti Manso, Câmara Criminal, julgamento em 23/03/2011.

TJDF, ACr 2000 01 1 075740-0, Des. Relator Getúlio Pinheiro, Segunda Turma Criminal, julgamento em 25/03/2004.

TJDF, ACr 20010610034928, Des. Relator Getúlio Pinheiro, Segunda Turma Criminal, julgamento em 11/04/2008.

TJDF, ACr 20110210001578, Des. Relator George Lopes Leite, Primeira Turma Criminal, julgamento em 15/09/2011.

TJES, ACr 044070000144, Des. Relator Willian Silva, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 06/10/2010.

TJES, ACr 48040011966, Des. Relator Carlos Henrique Rios do Amaral, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 10/08/2011.

TJES, ACr 0004631-78.2012.8.08.0030, Des. Relator Sérgio Luiz Teixeira Gama, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 10/07/2013.

TJMA, ACr 22669-2006, Des. Relator Antônio Fernando Bayma Araujo, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 15/05/2007.

TJMG, ACr 1.0002.06.009052-5/001, Des. Relator Sérgio Resende, Terceira Câmara Criminal, julgamento em 06/11/2007.

TJMG, ACr 1.0024.03.044331-1/001, Des. Relator Alexandre Victor de Carvalho, Quinta Câmara Criminal, julgamento em 16/11/2010.

TJMG, ACr 1.0223.06.194770-9/001, Des. Relator Alexandre Victor de Carvalho, Quinta Câmara Criminal, julgamento em 18/11/2008.

TJMG, ACr 1.0223.98.018797-3/001, Des. Relator Alexandre Victor de Carvalho, Quinta Câmara Criminal, julgamento em 19/02/2008.

TJMG, ACr 1.0441.05.001741-3/001, Des. Relator Alexandre Victor de Carvalho, Quinta Câmara Criminal, julgamento em 18/12/2007.

TJMG, ACr 1.0518.12.004090-3/001, Des. Relator Walter Luiz, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 22/07/2014.

TJMG, ACr 1.0702.04.130055-0/001, Des. Relator Vieira de Brito, Quinta Câmara Criminal, julgamento em 29/04/2008.

TJMG, ACr 2.0000.00.311340-2/000, Des. Relator Erony da Silva, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 12/12/2000.

TJMG, ACr 2.0000.00.364972-1/000, Des. Relator Antônio Armando dos Anjos, Segunda65

Câmara Criminal, julgamento em 06/08/2002.

TJMS, ACr. 068481-56.2010.8.12.0001, Des. Relator Luiz Gonzaga Mendes Marques, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 02/09/2013.

TJMS, ACr 0060551-84.2010.8.12.0001, Des. Relator Ruy Celso Barbosa Florence, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 19/05/2014.

TJPA, HC 200530020855, Des. Relator Joao Jose da Silva Maroja, Câmaras Criminais Reunidas, julgamento em 09/06/2005.

TJPB, ACr 0532007.000188-7/01, Des. Relator Arnóbio Alves Teodósio, Câmara Criminal, julgamento em 23/11/2008.

TJPR, ACr 558.987-9, Des. Relator Luiz Osório Moraes Panza, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 13/08/2009.

TJPR, ACr 613.996-8, Des. Relator Luiz Osório Moraes Panza, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 27/05/2010.

TJPR, ACr 683.760-9, Des. Relator João Kopytowski, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 21/10/2010.

TJPR, ACr 714.939-9, Des. Relator José Maurício Pinto de Almeida, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 10/02/2011.

TJPR, ACr 789.331-4, Des. Relator Luiz Cezar Nicolau, Quarta Câmara Criminal, julgamento em 09/02/2011.

TJRJ, ACr 2223/2006, Des. Relator Paulo Cesar Salomão, Primeira Câmara Criminal, julgamento em 03/10/2006.

TJRJ, ACr 2007.050.03739, Des. Relatora Leony Maria Grivet Pinho, Quinta Câmara Criminal, julgamento em 25/07/2007.

TJRJ, ACr 2005.050.03949, Des. Relator Hélio de Farias, Sétima Câmara Criminal, julgamento em 20/10/2005.

TJRJ, ACr, 0080617-27.2009.8.19.0001, Des. Relator Gilmar Augusto Teixeira, Oitava Câmara Criminal, julgamento em 06/11/2008.

TJRJ, ACr 0009649-69.2009.8.19.0001, Des. Relator Carlos Eduardo Roboredo, Terceira Câmara Criminal, julgamento em 19/11/2013.

TJRO, ACr 100.006.2006.000072-0, Des. Relatora Ivanira Feitosa Borges, Câmara Criminal, julgamento em 07/08/2008.

TJRS, ACr 70009953985, Des. Relator Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 30/11/2006.

TJRS, ED 70018883355, Des. Relator Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 09/08/2007.

TJRS, ACr 70050531847, Des. Relator Ivan Leomar Bruxel, Terceira Câmara Criminal, julgamento em 13/12/12.

TJRS, ACr 70052159621, Des. Relatora Laura Louzada Jaccottet, Sétima Câmara Criminal, julgamento em 20/06/2013.

TJSC, ACr 2014.001319-6, Des. Relator Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 01/04/2014.

TJSE, ACr 1554/2012, Des. Relator Luiz Antônio Araújo Mendonça, Câmara Criminal, julgamento em 05/04/2013.

TJSE, ACr 0257/2010, Des. Relator Edson Ulisses De Melo, Câmara Criminal, julgamento em 06/07/2010.

TJSE, ACr 0118/2004, Des. Relatora Célia Pinheiro Silva Menezes, Câmara Criminal, julgamento em 21/09/2010.

TJSP, ACr 993.08.03259404, Des. Relator Borges Pereira, Décima Sexta Câmara de Direito Criminal, julgamento em 23/07/2009.

TJSP, ACr 0005174-58.2007.8.26.0482, Des. Relator Francisco Bruno, Décima Câmara de Direito Criminal, julgamento em 13/12/2012.

TJSP, ACr 0000035-80.2012.8.26.0505, Des. Relator Salles Abreu, Quarta Câmara de Direito Criminal, julgamento em 22/01/2013.

TJSP, ACr 0760900-45.2008.8.26.0577, Des. Relator Marco de Lorenzi, julgamento em 22/08/2013.

TJSP, ACr 0004504-14.2011.8.26.0083, Des. Relator Francisco Bruno, Décima Câmara de Direito Criminal, julgamento em 17/10/2013.

TJSP, ACr 0003295-28.2010.8.26.0638, Des. Relator Francisco Bruno, Décima Câmara de Direito Criminal, julgamento em 24/03/2014.

TJSP, ACr 0004759-08.2009.8.26.0320, Des. Relator Camilo Léllis, Oitava Câmara Criminal, julgamento em 08/05/2014.

TJSP, ACr 0001739-09.2010.8.26.0050, Des. Relator Guilherme de Souza Nucci, Primeira Câmara Criminal Extraordinária, julgamento em 21/07/2014.